أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

شرح مختصر الكرخي

تأليف
أبي الحسين القدوري
أحمد بن محمد البغدادي الحنفي
(٤٢٨هـ)

تحقيق
د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
عضو هيئة التدريس بجامعة الملك عبد العزيز

الجزء الخامس

شرح
مختصر الكرخي

الطَّبْعَةُ الأُولَى
١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م

أَسْفَار
لِنَشْرِ نَفِيسِ الكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ العِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الكُوَيْت

E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16



مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع

❊ الفرع الرئيسي : حولي ـ شارع المثنى ـ مجمع البدري
ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤

❊ فرع حولي : حولي ـ شارع الحسن البصري ت ٢٢٦١٥٠٤٦

❊ فرع المصاحف : حولي ـ مجمع البدري ت ٢٢٦٢٩٠٧٨

❊ فرع الفحيحيل : البرج الأخضر ـ شارع الدبوس ت ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧

❊ فرع الجهراء : الناصر مول ـ ت ٩٥٥٥٨٦٠٨

❊ فرع الرياض : المملكة العربية السعودية ـ التراث الذهبي: ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨

ص. ب: ١٠٧٥٠ الرمز البريدي ٣٢٠١١ الكويت

الساخن: ت: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩

E-mail: z.zahby74@yahoo.com imamzahby

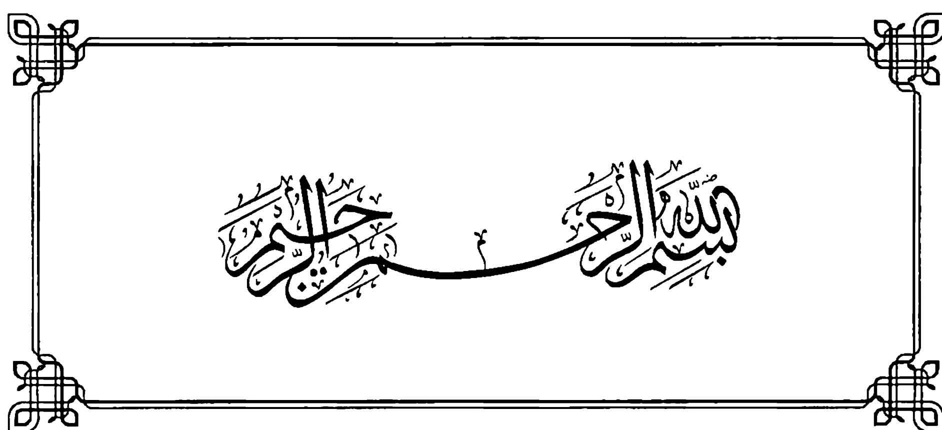
أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

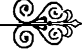
شرح مختصر الكرخي

تأليف
أبي الحسين القدوري
أحمد بن محمد البغدادي الحنفي
(٤٢٨هـ)

تحقيق
د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
عضو هيئة التدريس بجامعة الملك عبد العزيز

الجزء الخامس


بسم الله الرحمن الرحيم

بَابُ
الرجل يحلف لا يأكل الحلواء



قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: أصل هذا الباب: أن الحلواء عندهم كل حُلْوٍ ليس في جنسه حامض، وما كان في جنسه حامض فليس بحلواء، والمرجع في ذلك إلىٰ العادة.

قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يأكل من الحَلْوَاء شيئاً، فأكل الخبيص[1] أو العسل أو السكر أو الناطف[2]، وأشباه ذلك، حنث، وكذلك روىٰ معلىٰ عن محمد: إذا أكل سكراً أو عسلاً أو تيناً رطباً أو يابساً؛ لأن هذا ليس من جنسه حامض، فخلص معنىٰ الحلواء فيه.

قال: ولو أكل عنباً حلواً، أو بطيخاً حلواً، أو رماناً حلواً، [أو تفاحًا حلوًا]، أو إجاصاً حلواً، لم يحنث؛ وذلك لأن هذا يكون في جنسه ما ليس بحلو، فلم يخلص معنىٰ الحلواء فيه.

وكذلك الزبيب ليس من الحلواء؛ لأنه في جنسه ما هو حامض.

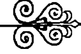
قال: ولو حلف لا يأكل حلاوة فهو مثل الحلواء، وهذا علىٰ ما قدمنا[3].



(١) «الخبيص: الحلواء المخبوصة من التمر والسمن، وجمعه: أَخْبِصَة». المعجم الوجيز (خبص).

(٢) «والنَّاطف: نوع من الحَلْوَىٰ، يسمىٰ القُبَّيْطَي». المصباح (نطف).

(٣) انظر: الأصل، ٢/٣٢٣.




بَابُ
الرجل يحلف على أجناس تختلف من المأكول



قال أبو الحسن: إذا حلف لا يأكل بيضاً وهو ينوي بيض كل شيء [من] السمك وغيره؛ فأي ذلك أكل حنث، وإن لم تكن له نية فهو على بيض الطير كله: الإوَزّ، والدُّرَّاج، [والدَّجَاج][1] وغيره، ولا يحنث إذا أكل بيض السمك؛ وذلك لأن اسم البيض يتناول بيض الطير وبيض السمك، فإذا نوى الجميع فقد نوى ما يحمله الاسم، فأمّا [إن] لم تكن له نية فاليمين تحمل على إطلاقها، وإطلاق البيض يتناول ماله قِشْر، فحملت اليمين على الإطلاق.

٢٢٣١ ـ فَصْل: [الحلف بعدم أكل الرؤوس]

قال: ولو حلف لا يأكل رأساً وهو ينوي الرؤوس كلها (من السمك والغنم وغيرها، فأي ذلك أكل حنث؛ لأن اسم الرؤوس)[2] يتناول الجميع، فإن لم تكن له نية فهو على رؤوس البقر والغنم خاصة.

وقال بشر عن أبي يوسف: إذا حلف لا يأكل رأساً ولا يشتريه ولا نية له، فإنما ذلك على رؤوس الغنم.

وقال أبو حنيفة: رؤوس الإبل والبقر (مثل رؤوس الغنم)[3].

(١) «والدُّرَّاج: نوع من الطير يدرج في مشيه»، كما في الوجيز (درج)، وفي أ (الدجاج).
(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٣) في أ (الغنم).

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: وهذا قول أبي حنيفة الأول [٢٧١/ب] ثم رجع، فقال: يحمل علىٰ البقر والغنم.

وقال أبو يوسف ومحمد: اليمين اليوم علىٰ رؤوس الغنم خاصة؛ لأنها هي التي تباع وعليها يقع معنىٰ كلام الناس.

قال: والأصل في هذا أن اسم الرؤوس عام في كل الحيوان، ومعلوم أن الحالف لم يرد ذلك، ألا ترىٰ أنهم إذا قالوا: فلان أكل رؤوساً[١] لم يريدوا بذلك رؤوس الجراد والعصافير، فثبت أن المراد بعض ما يتناوله الاسم، فوجب اعتبار الإطلاق، وذلك يتناول ما يكبس في التنانير ويباع في العادة.

فشاهد أبو حنيفة ﵀ الكوفة وهم يكبسون رؤوس الإبل والبقر والغنم، فحمل اليمين علىٰ ذلك، (ثم شاهدهم وقد تركوا رؤوس الإبل واقتصروا علىٰ البقر والغنم، فحمل اليمين علىٰ ذلك)[٢].

وأبو يوسف ومحمد: دخلا بغداد وقد ترك الناس البقر واقتصروا علىٰ رؤوس الغنم، فحملا اليمين علىٰ ذلك[٣].

٢٢٣٢ ـ فَصْل: [ما يتناول إطلاق الاسم في الحلف]

وإذا حلف لا يأكل تمراً فأكل قسْباً[٤] لم يحنث، وكذلك لو أكل بُسْراً مطبوخًا؛ لأن إطلاق اسم التمر لا يتناوله، فإن كان نوىٰ ذلك حنث؛ لأنه جنس

(١) في أ (الرؤوس).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) انظر: الأصل، ٣١٧/٢.

(٤) القسْب: تمر يابس يتفتت في الفم، صلب النواة. انظر: المغرب (قسب).




التمر في الحقيقة، ولهذا لا يجوز بيعه بالتمر إلا متساوياً.

قالوا: وإذا حلف لا يأكل حَبًّا فأي حبٍّ أكل من سمسم أو غيره، فإنه يحنث بكل شيء يقع عليه اسم الحب مما يأكل الناس، فإنه يدخل في يمنيه ويقع به الحنث؛ وذلك لأن الحَبَّ اسم للحبوب التي تؤكل في العادة، فوجب حمل الاسم على جميعها.

قال: فإن عنى شيئاً من ذلك بعينه أو سمّاه حنث فيه، ولم يحنث في غيره؛ وذلك لأنه نوى تخصيص ما في لفظه، فصدق فيما بينه وبين الله تعالى[1].

٢٢٣٣ - فَصْل: [الحلف بأن لا يأكل خبزاً]

قالوا: وإذا حلف لا يأكل خبزاً ولا نية له، فهو على خبز الشعير والحنطة، فإن أكل من خبز لوزنيخ أو أشباه ذلك لم يحنث، إلا أن يكون نواه، فإن أكل خبز الأُرْز أو الذُّرَةِ فإن كان من أهل بلادٍ ذلك طعامهم حنث، وإن كان من أهل الكوفة ونحوها ممن لا يأكل ذلك عامتهم لم يحنث، إلا أن ينوي ذلك؛ وذلك لأن الخبز اسم مطلق لخبز الحنطة والشعير، فأما خبز القطائف[2] فلا يتناوله الاسم على الإطلاق، فلا يحمل عليه.

فأما الأرز ففي البلاد التي يعتاد أكله فيها يطلق عليه الاسم، فتحمل اليمين عليه، وفي البلاد التي لا يعتاد أكله فيها لا يطلق عليه الاسم، فلا يحنث بأكله.

(١) انظر: الأصل، ٢/٣٢٤.

(٢) «القطائف: رقائق من عجين البر مقوّسة كالأهلة صغيرة، تحشى بالبندق وأشباهه، وتقلى في السمن أو الزيت، وتُحلّى بالسكر...». المعجم الوجيز (قطف).

قال: وإذا حلف لا يأكل تمراً فأكل حَيْسًا[1] حنث؛ لأنه التمر بعينه لم يغلب عليه شيء؛ وذلك لأن الحَيْسَ [تمر] ينقع في اللبن فهو حال ما يؤكل تمر على صفته [٢٧٢/أ] فحنث.

قال ابن رستم عن محمد: في رجل حلف لا يأكل بقلاً فأكل كُرَّاثاً حنث، وكذلك لو أكل من صنف وترك ما سواه؛ وذلك لأن اليمين على البقل لا يتناول جميعه؛ لأنه لا يمكن استيعابه، فيحمل على أدناه، فأي جنس أكل منه حنث.

قال: وإن أكل بصلاً لم يحنث، يابساً كان أو رطباً إلا أن يسمى بقلاً؛ وذلك لأنه لا يسمى بقلاً في العادة[2].

٢٢٣٤ ـ فَصل: [الحلف بأن لا يأكل حرامًا]

ومما يشبه مسائل الباب ما روى الفضل بن غانم عن أبي يوسف: فيمن حلف لا يأكل [طعامًا][3] فاضطر إلى ميتة فأكل منها، لم يحنث.

قال أبو الحسن: وهو عندي قول محمد، وروى ابن رستم عن محمد: أنه يحنث؛ لأنه طعام مباح في حال الضرورة كالطعام المباح في غيرها.

ووجه الرواية الأخرى: أن إطلاق الاسم لا يتناوله (ولو غصب [خبزًا][4] أو لحماً فأكله، يحنث لعرف الناس)[5].

(١) «الحَيْس: تمر يخلط بسمن وأَقِط، ثم يدلك حتى يختلط». المغرب (حيس).
(٢) انظر: الأصل، ٢/٣٢٥.
(٣) في ب (حرامًا).
(٤) في ب (حرًا)، والمثبت ما يقتضيه السياق.
(٥) ما بين القوسين ساقطة من أ.




وقال ابن رستم عن محمد: فيمن حلف لا يأكل حرامًا فاشترىٰ (بدرهم)[1] غصباً (ممن)[2] غصب من إنسان طعاماً، فأكله لم يحنث؛ لأن إطلاق الحرام ما كان محرماً لحق الله تعالىٰ، وهذا محرم لحق الآدمي.



(١) ساقطة من أ.

(٢) في أ هنا (أو).

بَابُ
الرجل يحلف على الغَدَاء والعَشَاء



قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: أصل هذا الباب أن الغداء والعشاء: عبارة عن الأكل يقصد به الشبع في العادة، فيعتبر في ذلك العادة به في كل بلد، فما كان غداء عندهم انعقدت عليه اليمين.

وكذلك[١] قالوا في أهل الحضر إذا حلفوا علىٰ ترك الغداء فشربوا اللبن لم يحنثوا؛ لأنهم لا يتناولون ذلك للشبع في العادة، ولو حلف البدوي فشرب اللبن حنث؛ لأن ذلك غداء في العادة [عند أهل البادية][٢].

قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يتغدىٰ، فأكل غير الخبز من أرز أو تمرٍ أو غيره حتىٰ شبع، لم يحنث، (ولم يكن ذلك غداء، وكذلك إذا أكل لحماً بغير خبز لم يحنث)[٣] في قول أبي يوسف ومحمد، وقالا: ليس الغداء في مثل [أهل] الكوفة والبصرة إلا علىٰ الخبز؛ لأن الخبز من (غدائهم علىٰ ذلك)[٤] فإن كان الرجل من أهل البادية فحلف لا يتغدىٰ وغداؤهم اللبن، فشرب شربة من لبن حنث، ولو كان بالكوفة لم يحنث، وهذا علىٰ ما قدمنا أن الأيمان تعتبر فيها العادة، فما كان غداء معتاداً عند الحالف حنث.

---

(١) في أ (ولهذا).

(٢) الزيادة من أ.

(٣) ما بين القوسين سقاطة من أ.

(٤) في أ هنا (معاشهم) فقط.

وقد روىٰ هشام عن أبي يوسف: في أكل الهريسة والأرز أنه يحنث، وقال الفضل بن غانم عن أبي يوسف: في الهريسة[1] والفالوذج[2] والخبيص أنه لا يحنث [٢٧٢/ب] إلا أن يكون ذلك غداءه، وغداء كل بلد علىٰ ما يعرفون.

وهذا علىٰ ما قدمنا أن المعتبر بعادة الحالف فيما يحلف عليه.

قال: والغداء من طلوع الفجر إلىٰ الزوال؛ وذلك لأن الغداء عبارة عن أكل [الغدوة][3]، وما بعد نصف النهار لا يكون غدوة، والعِشَاءُ من الزوال إلىٰ نصف الليل؛ وذلك لأنه مأخوذ من أكل العَشَاءِ، وأول أوقات العشاء ما بعد الزوال، وقد روي أن النبي ﷺ صلّىٰ إحدىٰ صلاتي العشاء ركعتين، يريد به الظهر أو العصر، [وفي عرف ديارنا العشاء: ما بعد وقت صلاة العصر][4]، وأما [السُّحور][5] فما بعد نصف الليل إلىٰ طلوع الفجر؛ لأنه مأخوذ من السحر، وهو قريب (إلىٰ الفجر)[6]، ولم يذكر [في ظاهر الرواية][7] مقدار العشاء والغداء.

وقد روىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف: فيمن قال لأمته إن لم تتعش[8] الليلة

---

(١) «الهريسة: فعيلة بمعنىٰ مفعولة»، «وهي نوع من الحلوىٰ يُصْنَع من الدقيق والسَّمْنِ والسكر» المصباح؛ المعجم الوسيط (هرس).

(٢) «الفالوذج ـ الفالوذ ـ: حَلواء تعمل من الدقيق والماء والعسل ومواد أخرىٰ». المعجم الوجيز (فلج).

(٣) في ب (العرف)، والمثبت من أ.

(٤) ما بين المعقوفتين زيدت من البدائع ٦٩/٣؛ إذ النص بلفظه مذكور في البدائع.

(٥) في ب (السحر)، والمثبت من أ.

(٦) في أ (من السحر).

(٧) ما بين المعقوفتين زيدت من البدائع ٦٩/٣؛ إذ النص بلفظه مذكور فيه.

(٨) العبارة جاءت في أ (إن تعشيت... لا يحنث)، وهنا بالنفي، فالغرض من السياقين ما يعد عشاء عادة.

فعبدي حر، فأكلت لقمة واحدة لم تزد عليها، فليس هذا بعشاء.

قال[1]: ويحنث حتىٰ تأكل أكثر من نصف شبعها، وهذا صحيح؛ لأن من أكل لقمة يقول في العادة ما تغديت وما تعشيت، فإذا أكل أكثر أكله سمي ذلك غداء في العادة.

وروىٰ مُعَلَّىٰ عن محمد: فيمن حلف ليأتينه غدوة، فإذا أتاه بعد طلوع الفجر إلىٰ نصف النهار فقد برَّ وهو غدوة؛ لما بينا أن هذا وقت الغداء.

قال: ولو قال ليأتينه ضحوة فهو من بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلاة إلىٰ نصف النهار؛ لأن هذا وقت صلاة الضحىٰ.

قال محمد: وإذا حلف لا يَتَصَبَّح، فالتصبح عندي ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحىٰ الأكبر، فإذا ارتفع الضحىٰ الأكبر [ذهب][2] وقت التصبح؛ وذلك لأن التصبح يقع في الصباح فيفيد زيادة علىٰ ما يفيد الإصباح.

وروىٰ مُعَلَّىٰ عن محمد: فيمن حلف لا يكلمه [إلا][3] السحر، قال: إذا دخل ثلث الليل الأخير فَلْيُكَلِّمْه؛ وذلك لأن وقت السحر ما قرب من الفجر.

قال هشام عن محمد: والمساء مساءان[4]:

---

(١) الزيادة من أ.

(٢) في ب (فهو)، والمثبت من أ.

(٣) في ب (إلىٰ)، والمثبت من أ.

(٤) المشهور في اللغة، هو: أن المساء من الزوال إلىٰ نصف الليل، ومنه إلىٰ الزوال: صَبَاح، كما نقله ثعلب، «وقال الليث: المساء: بعد الظهر إلىٰ صلاة المغرب»، وهو قول ابن القوطية أيضًا، ويؤيّد ذلك قوله تعالىٰ: ﴿فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ ﴿١٧﴾ وَلَهُ ٱلْحَمْدُ فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَعَشِيًّا =

أحدهما: إذا زالت الشمس، ألا ترىٰ أنك تقول: إذا زالت الشمس كيف أمسيت؟

والمساء الآخر[1]: إذا غربت الشمس، فإذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتىٰ يمسي، كان ذلك علىٰ غيبوبة الشمس؛ لأنه لا يمكن حمل اليمين علىٰ المساء الأول، فحملت علىٰ الثاني[2].



= وَحِينَ تُظْهِرُونَ ﴾ [الروم: ١٧، ١٨]، حيث عطف ﴿ وَعَشِيًّا ﴾ علىٰ ﴿ تُمْسُونَ ﴾ و﴿ تُصْبِحُونَ ﴾، العَشِي: صلاة العصر، والمساء: صلاة المغرب والعشاء، والصبح: صلاة الفجر. انظر: مجموعة التفاسير (البيضاوي، والنسفي، والخاربة، وابن عباس) ٣٨/٥؛ تهذيب اللغة للأزهري (مسیٰ).

(١) في البدائع (الأخير).

(٢) البدائع للكاساني ٦٩/٣.




بَابُ
الحلف على الشرب من الأنهار والأواني



قال أبو الحسن: فإذا حلف الرجل لا يشرب من دِجلة أو من الفرات فإن أبا حنيفة قال: لا يحنث حتىٰ يكرع في الدجلة والفرات كرعاً يباشر [٢٧٣/أ] الماء بفيه، فإن أُخِذ من [ماء] ذلك النهر بيده أو بإناء واستُقِيَ له فشرب منه لم يحنث.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن شرب بإناء أو اغترف بيده أو كرع حنث.

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: والأصل في هذا: أن عند أبي حنيفة أن اليمين إذا كانت لها حقيقة متعارفة ومجاز متعارف، حملت علىٰ الحقيقة المتعارفة دون المجاز [المتعارف]، وعلىٰ قولهما يحمل عليهما، وقد بينا هذه المسألة، ومعلوم أن الكرع من الدجلة هو الحقيقة، وذلك متعارف يفعله كثير من الناس، والمجاز متعارف وهو أن يأخذ منها بإناء [أو بيده] فحملت عنده علىٰ الحقيقة، وعندهما علىٰ الأمرين، ومن أصحابنا من قال: إن أبا حنيفة شاهد العرب[1] بالكوفة وكانوا يفعلون هذا ظاهراً معتاداً، فحمل اليمين عليه، وهما شاهدا الناس بعد ذلك لا يفعلون [ذلك] إلا نادراً، فلم يخصا اليمين به.

٢٢٣٥ ـ فَصْل: [فيمن شرب مما تفرع من دجلة حيث حلف لا يشرب من دجلة]

قال: فإن شرب من نهر يأخذ من دجلة أو من الفرات، لم يحنث في قولهم

(١) في أ (العرف).

جميعاً، روىٰ هذا محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف في الجامع الكبير[1]، ورواه ابن رستم عن محمد، وهذا إذا لم يذكر الماء؛ لأن النهر الذي يأخذ من دجلة إذا شرب منه، فقد زالت الإضافة إلىٰ دجلة؛ لانتقالها إلىٰ (نظيرها)[2]، فصار كما لو حلف لا يشرب من هذا الكُوز أو من هذا الجُبِّ، فجعل ما فيه في جُبٍّ آخر أو [في] كوز آخر، [لا يحنث]، وهذه المسألة تشهد لأبي حنيفة عليهما؛ لأن اليمين اختصت عندهم جميعاً بدجلة دون ما انتقل إليه ماؤها.

٢٢٣٦ ـ فَصْل: [الحلف بأنه لا يشرب من الفرات أبدًا، ثم شرب من نهر مفرع عن الفرات]

فأما إذا ذكر الماء فقال: لا أشرب من ماء الفرات أبداً وكرع في نهر يأخذ من الفرات، حنث في قولهم [جميعًا] في رواية محمد في الجامع الكبير، وهي إحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف، وروي عنه أنه فرق بين الأنهار والأواني في هذه المسألة فقال: إن شرب من ماء الفرات (نفسه بإناء أو غيره حنث، وإن شرب من نهر أخذ من الفرات)[3] لم يحنث.

قال بِشر عنه: [إذا حلف][4] لا يشرب من ماء الفرات أو ماء الفرات ولم يقل (مِنْ) فهو سواء، والجواب فيه واحد إذا شرب من نهر يأخذ من الفرات حنث، وإذا حلف لا يشرب [ماء] من الفرات، فهذا علىٰ أن يستقىٰ له من نفس الفرات، أما رواية الجامع [الكبير] فلأنه عقد اليمين علىٰ الماء ولم يعقدها علىٰ

(١) انظر: الجامع الكبير ص ٢٩.
(٢) في أ (غيرها).
(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٤) في ب (إذًا)، والمثبت من أ.

النهر، وماء الفرات موجود في النهر الذي يأخذ من الفرات فيحنث، وليس كذلك المسألة الأولىٰ؛ لأنه عقد علىٰ نفس النهر دون الماء[1].

وأما أبو يوسف فقال: إذا حلف لا يشرب من ماء الفرات [٢٧٣/ب] فشرب بإناء حنث؛ لأن العادة أنْ يشرب منه علىٰ هذه الصفة، فإذا شرب من نهر يأخذ منه، فالماء يضاف إلىٰ النهر الثاني دون الأول، فلم يحنث به.

وأما رواية بِشر فوجهها: أنه إذا قال: لا أشرب من ماء الفرات أو ماءَ الفرات، فقد عقد علىٰ الماء فيحنث، وإن كان في نهر آخر، فإذا قال: ماء في الفرات فقد عقد علىٰ النهر[2]، فإذا شربه من نهر آخر، فلم يشربه من الفرات.

وقد روىٰ بِشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: فيمن حلف لا يشرب ماء من دجلة ولا نية له، فشرب بإناء لم يحنث حتىٰ يضع فاه في داخله، وذلك لأنه لما وَسَّطَ (مِنْ)، صارت اليمين علىٰ النهر، فلم يحنث إلا بالكرع[3].

وقد روىٰ مُعَلّىٰ عن محمد: فيمن حلف لا يشرب من نهرٍ، فجرىٰ ذلك النهر إلىٰ الدجلة، فأخذ (يدخل)[4] في دجلة من ذلك الماء فشربه، لم يحنث؛ لأنه قد صار من ماء دجلة؛ وذلك لأن الإضافة إلىٰ النهر الأول زالت بحصول الماء في دجلة.

[وقال أبو يوسف]: قال أبو حنيفة: لو حلف لا يشرب من هذا الحُبِّ[5]

---

(١) انظر: الجامع الكبير ص ٢٩.
(٢) في أ (الفرات).
(٣) انظر: الأصل، ٣٢٩/٢.
(٤) في أ (قدحًا).
(٥) «الحُبُّ ـ بالضَّمِّ ـ: الخابية، فارسي معرب» كما في مختار الصحاح (حب).

فاغترف من مائه في إناء آخر، فشرب لم يحنث حتىٰ يضع فاه في الحب نفسه.

وقال أبو يوسف ومحمد: يحنث. وهذا علىٰ ما قدمنا أن حقيقة الشرب من الحُب أن يضع فاه عليه، وذلك معتاد فحملت اليمين علىٰ الحقيقة [المتعارفة] دون المجاز المتعارف، وعلىٰ قولهما يحمل عليهما.

فأما إذا حلف لا يشرب من ماء هذا الحُب، فأخذ بإناء فشرب، حنث في قولهم [جميعًا]؛ لأنه عقد اليمين علىٰ الماء وهو موجود، فإن حول الماء إلىٰ حُبّ آخر لم يحنث؛ لأن الإضافة زالت عن الحُبّ الأول وانتقلت إلىٰ [الحُب] الثاني، وهذا علىٰ قياس ما قالوا في ماء النهر إذا انتقل إلىٰ نهر آخر.

وقد ذكر أبو الحسن في الكتاب عن أبي يوسف: إذا حلف لا يشرب ماء هذا الحُب فحول إلىٰ حُب آخر فشرب منه حنث، وهذا علىٰ الرواية التي قال فيها: إن ماء الفرات إذا صار إلىٰ نهر آخر فشرب منه حنث(١).

قال: ولو قال: لا أشرب ماء من هذا الحُبّ، فحول الماء منه إلىٰ حُب آخر فشرب منه لم يحنث؛ لأن العقد علىٰ الحُب دون الماء.

وقد قالوا: فيمن حلف لا يشرب [من](٢) هذه البئر أو من مائها فاستقىٰ منها وشرب حنث؛ لأن الحقيقة غير متعارفة، فحملت اليمين علىٰ المجاز.

وقالوا: فيمن حلف لا يشرب من ماء المطر، فمَدَّت دجلة من [ماء] المطر لم يحنث بشربه؛ لأنه انتسب إلىٰ الدجلة إذا جرىٰ فيها، وتزول إضافته إلىٰ المطر.

---

(١) هنا في ب زيادة (وهذا علىٰ الرواية).
(٢) الزيادة من أ.

فإن شرب من ماء وادٍ سال من المطر لم يكن فيه ماء قبل ذلك ، أو شرب من ماء [٢٧٤/أ] مطرٍ مستنقع في قاع ، حنث ؛ لأنه لم يضف إلىٰ نهر ، فبقيت إضافته بحالها إلىٰ المطر .






بَابُ
الرجل يحلف بما لا يقدر على فعله



قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: الأصل في هذا الباب: أن اليمين عَقْدٌ من العقود، والعقد ينعقد إذا كان المعقود عليه موجوداً أو متوهماً، فإذا لم يكن موجوداً ولا متوهماً لم ينعقد، ألا ترىٰ أن بيع الأعيان المباحة جائز منعقد؛ لأن المعقود عليه موجود، وبيع المدبَّر منعقد؛ لأن المعقود عليه متوهم دخوله في العقد إذا حكم الحاكم بجوازه، وإن كان ذلك بغير فعل العاقد، وبيع الربح ليس بمنعقد؛ لأن المعقود عليه لا يتوهم دخوله في العقد.

وكذلك اليمين تنعقد علىٰ الفعل المقدور عليه، والذي يتوهم دخوله تحت القدرة، ولا ينعقد علىٰ ما ليس بمقدور ولا متوهم، ألا ترىٰ أن اليمين إنما تنعقد ليبر فيها أو يحنث، وما لا يقدر عليه لا يتصور فيه الأمران.

وإذا ثبت هذا قال أبو حنيفة ومحمد وزفر: فيمن حلف لَيَشْرَبَنَّ الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه، فإنه لا يحنث؛ وذلك لأنه ليس هناك معقود عليه موجود ولا متوهم، فلا يتناوله اليمين فلم تنعقد، ولأنه لا يتصور فيها ترقب البر والحنث، فلم تنعقد، كاليمين علىٰ الماضي، وليس هذا كمن حلف ليصعدن السماء أو ليلمسنها[1] أو لَيَقْلِبَنَّ الحجر ذهباً؛ لأن هذه الأفعال متوهم وجودها، ألا ترىٰ أنها تدخل تحت قدرة قادر، وقد صعد الأنبياء إلىٰ السماء، والملائكة

(١) في أ (ليمسنّها).

عليهم السلام يصعدون في كل وقت، وإنما تنقص قدرة غيرهم، فإذا كانت اليمين يتوهم وجود المحلوف عليه فيها انعقدت، وليس كذلك إذا حلف ليقتلنّ فلاناً وهو ميت؛ لأنهم قالوا: إن كان لا يعلم بموته فهي كمسألة الكوز؛ لأنه عقد يمينه على الحياة التي (يعرفها، وقد فاتت قبل يمينه، وعدم المعقود عليه يمنع انعقاد اليمين، وإن كان يعلم بموته فإنما عقد يمينه على الحياة التي)[1] يخلقها الله تعالى فيه، وذلك أمر متوهم فانعقد عليه اليمين، فإن قيل: فهلا انعقدت اليمين في مسألتنا على [ما] يخلقه الله تعالى في الكوز، وذلك متوهم، قلنا: يكون غير الماء المحلوف عليه، فلا يتناوله اليمين.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: والذي ذكرناه في اليمين على القتل رواية الجامع الصغير[2]، وقد روى أبو يوسف ضد ذلك فقال: إن كان لا يعلم بموته حنث، وإن [كان] يعلم [لم يحنث، وقال أبو يوسف في الوجهين جميعًا يحنث.

ووجه ذلك: أنه إذا لم يعلم] بموته فقد عقد [اليمين] على موهوم، وإذا علم بموته فقد عقد اليمين والمعقود [٢٧٤/ب] عليه غير موهوم، وقد كان قول محمد في هذه المسألة مثل قول أبي يوسف ثم رجع فقال: دخل عليّ في قولي شيء: وهو أن قوله لأَشْرَبَنَّ الماء الذي في هذا الكوز، كقوله: لا تركت[3] شربه، فإذا لم يكن فيه ماء فليس بتارك [لشربه] الماء، وإنما يكون تاركاً إذا [كان] فيه ماء، أرأيت لو قال: إن لم أحول ما في هذه القدح أيكون محولاً[4] وليس فيه

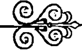
---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٣٦٨.

(٣) في أ (أترك).

(٤) في أ (تحولاً).

شيء، (روىٰ ذلك ابن رستم عن محمد)(١).

وقال أبو يوسف: يحنث في الحال؛ لأن عدم الماء يوجب تأكيد شرط الحنث، ولهذا لو طرأ علىٰ اليمين المنعقدة حنث فيها، وما أوجب تأكيد شرط الحنث فهو بوقوع الحنث أولىٰ، وأما إذا وقّت اليمين فقال: لأشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم ولا ماء فيه، فهو كذلك في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر.

وقال أبو يوسف: يحنث الساعة قبل غروب الشمس، أما علىٰ أصلهما فلأن اليمين المؤقتة يتعلق انعقادها بآخر الوقت، فكأنه قال عند غروب الشمس: والله لأشربن الماء الذي في هذا الكوز، فلا تنعقد يمينه.

وقد كان أصحابنا يقولون: إن عند أبي يوسف أن اليمين المؤقتة تنعقد في الحال، فعلىٰ هذا الأصل كأنه قال: لأشربن الماء الساعة ولا ماء فيه فحنث في الحال، والذي روي عن أبي يوسف في اليمين المؤقتة: أن انعقادها يتعلق بآخر الوقت، فيجوز أن يكون عنه روايتان، ويجوز أن يفصل فيقول: إن اليمين المؤقتة التي يتوهم فيها البر (يقف انعقادها علىٰ آخر الوقت، وهذه اليمين لا يترقب فيها البر)(٢) فيتعجل الحنث فيها.

٢٢٣٧ ـ فَصْل: [اليمين بفقدان المعقود عليه]

وأما إذا قال: لأشربن الماء الذي في هذا الكوز وفيه ماء فانصبّ، حنث عندهم جميعاً؛ لأن اليمين تناولت معقوداً عليه [موجودًا] فانعقدت ثم عدم شرط

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.




البر فحنث فيها، فإن وَقَّتَ فقال: اليوم، فانصبَّ لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد، وحنث عند أبي يوسف، ولم يذكر في الجامع الكبير والصغير متى يحنث عنده.

وروى ابن سماعة وهشام عنه: أنه يحنث عند غروب الشمس.

فوجه قولهما: أن اليمين المؤقتة يتعلق انعقادها بآخر الوقت، ألا ترى أنها لو انعقدت في الحال لم يكن للتوقيت فائدة، وهذا الوجه معترض؛ لأن فائدة التوقيت اختصاص البرّ بزمان بعينه، ولو لم يوقت كان على جميع العمر، ويجوز أن يقال إن قوله (لأشربن الماء) بمنزلة قوله (لا تركت شربه اليوم)[1] وإنما يتحقق الترك بآخر جزء من الزمان، فكان [٢٧٥/أ] هو المقصود باليمين فانعقدت فيه، فصار كأنه قال: عند غروب الشمس لأشربن الماء الذي في هذا الكوز، ولا ماء فيه، فلا ينعقد يمينه عندهما، ويحنث فيها على قول أبي يوسف.

٢٢٣٨ - فَصْل: [انعقاد اليمين على المتوهم]

قال: وإذا قال: والله لأصعدنَّ السماء ولأحولنّ هذا الحجر ذهباً، فإنه يحنث عندهم جميعاً، وكذلك [كل] ما جاز أن يقدر الله على فعله[2]، وهذا على ما بينا أن اليمين تنعقد على المتوهم، وهذا معنى متوهم فتنعقد اليمين عليه، وليس للبر وقت منتظر؛ لأن الله تعالى لم يجر العادة أن يفعل [ذلك] في غير زمن الأنبياء، فحنث في يمينه لتحقق عدم شرط البر.

قال: فإن كان قال في يمينه اليوم، حنث عند غروب الشمس في قول أبي

---

(١) في أ (لا أترك شربه).
(٢) في أ (أن يوصف الله بالقدرة عليه).




حنيفة ومحمد، و[في] قياس قول أبي يوسف: أن يحنث الساعة.

أما على قولهما: فلأن اليمين المؤقتة يتعلق انعقادها بآخر الوقت فلا يحنث قبل ذلك، وعلى أصل أبي يوسف: إذا لم يؤقت في اليمين اليوم حنث في الحال، كمن قال: [والله لأشربنَّ][1] الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه.

قال أبو يوسف في رجل حلف ليشربن ماء دِجله كله اليوم.

قال: قال أبو حنيفة: لا تطلق[2] اليوم حتى يمضي الوقت، وقال أبو يوسف: تطلق[2] الساعة؛ [لأني علمت أنه لا يقدر على ذلك، وهذا على ما بيَّناه][3]، ولو قال في يمينه غداً لم تطلق[2] حتى يمضي غد في قول أبي حنيفة؛ لأن الانعقاد يتعلق بآخر الوقت عنده، فأما أبو يوسف فقال: تطلق[4] في أول جزء من أجزاء [الغد]؛ لأن شرط البر غير منتظر، فكأنه قال لها: أنت طالق في غد[5].

٢٢٣٩ ـ فَصْل: [الحلف بفعل ما لا يقدر على فعله]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا حلف أن يفعل ما لا يقدر على فعله مثل قوله: والله لأصعدن السماء، أو لأحيين هذا الميت، فهو آثم في يمينه؛ وذلك لأن اليمين إنما تنعقد للوفاء والتزام فعل المحلوف عليه أو تركه لحق الله تعالى،

---

(١) في ب (لا أشرب)، والمثبت من أ.

(٢) في أ (يحنث).

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٤) في أ (لا يحنث).

(٥) قول أبي حنيفة كما نقله المؤلف، كأنه مأخوذ من موقع آخر، ووضع هنا لقياس الشرب على الطلاق؛ ولو نُظِر باعتبار اختلاف النسخ، فإن النسختين متفقتان في قوله: (أنت طالق في غد).

فإذا حلف ليحنث فهو تارك لتعظيم الاسم فيأثم في ذلك.

وروى الحسن بن زياد عن زفر فيمن قال: والله لآتين مكة اليوم، وهي مسيرة شهرٍ، أو قال: والله لأمسَّن السماء اليوم، أو لأحيين هذا الميت اليوم، أنه آثم في ذلك ولا كفارة عليه، فكأنه لم يعقد اليمين إلا على ما يجوز أن يوجد فيه شرط البر، ولم يعتبر التوهم، وجعل هذا كقوله: لأشربن الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه.

٢٢٤٠ ـ فَصل: [الحنث في اليمين بالغاية]

وإذا قال: والله لا أكلّمك حتى يأذن لي فلان، أو قال: لا أفارقك حتى تعطيني حقي، فمات فلان قبل أن يأذن، أو برئ من المال قبل أن يفارقه[1]، فإن اليمين ساقطة عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: يحنث إذا فارقه، وفَوْتُ ما جعله غايةً وبقاؤه واحدٌ.

فذكر أبو الحسن [٢٧٥/ب] اليمين المطلقة، ثم المؤقتة من طريق اللفظ، ثم المؤقتة بالغاية.

ووجه ذلك: أن (حتى) غاية فهو كالتوقيت فيتعلق الانعقاد بآخر أجزائها فكأنه قال: إن فارقتك وهناك إذن متروك، أو دين متروك [لم يقبض][2] (أو كلمتك وهناك إذن متروك)[3]، فقد فارقه ولا إذن ولا دين [فلا تنعقد][4] يمينه

---

(١) في أ (يبرئ من المال ثم فارقه).

(٢) ما بين المعقوفتين مزيدة من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) في ب (ينعقد)، والمثبت من أ.




لعدم شرط المحلوف عليه، وعلىٰ قول أبي يوسف تأكد شرط الحنث فحنث فيها.

وعلىٰ هذا روىٰ معلىٰ عن محمد: فيمن حلف ليوفيَنّ فلاناً اليوم، فأبرأه الطالب لم يحنث في قول أبي حنيفة وقولنا؛ لأن اليمين تنعقد في آخر الوقت، فكأنه قال: عند غروب الشمس لأوفين فلاناً، ولا شيء له، وعلىٰ قول أبي يوسف يحنث.

قال: فإن اشترىٰ الطالب من الحالف بماله شيئاً في ذلك اليوم، فهو بارّ في قولهم؛ لأنه وفّاه حقه، ألا ترىٰ أنه يشتري بدراهم في الذمة ثم يصير (قصاصاً، فكأنه استوفىٰ في نفس الحق)[1].



(١) ساقطة من أ.

بَابُ
الرجل يحلف على فعل فلان فيفعله فلان وغيره



قال أبو الحسن: أصل هذا الباب: أن ينظر فإذا كان المحلوف عليه غير مقدر، ففعل ما حلف عليه [المحلوف][1] عليه وغيره، حنث الحالف، وإن كان مقدراً لم يحنث، وهذا صحيح؛ لأنه إذا لم يكن مقدراً فكل جزء منه يتناوله الاسم وقد فعله المحلوف عليه، وإذا كان مقدراً فبعضه لا يتناوله الاسم، فلم يحنث بفعله.

قال أبو يوسف ومحمد: في رجل حلف لا يأكل من طبخ فلان، فطبخ المحلوف عليه وآخرُ شيئاً فأكل منه الحالف حنث؛ لأن كل جزء من الطبخ طبخ وكل جزء من الفعل [طبخ، فقد أكل][2] الحالف [ما طبخه][3] فلان فحنث، فإن قال: لا آكل من قِدْرٍ طبخها فلان، فأكل [ما] طبخاه لم يحنث؛ لأن كل جزء من القِدْرِ ليس بقِدْرٍ، والمحلوف عليه إنما طبخ بعضها، فلم يحنث الحالف.

وقال أبو يوسف: وكذلك إذا حلف لا يأكل من خُبْزٍ خَبَزه[4] فلان، فخَبَزَ فلان وآخر؛ لأن كل جزء من الخبز خبز، وكذلك لو حلف لا يأكل من رمان اشتراه فلان، فأكل مما اشتراه فلان وغيره حنث؛ لأن كل جزء من الرمان رمان،

---

(١) في ب (المعقود) والمثبت من أ.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٤) في أ (من خبز فلان) فقط.




وقد اشتراه المحلوف عليه، فإن قال: لا آكل من رمانة اشتراها فلان (وفلان)[1] لم يحنث؛ لأن كل واحد منهما مشترٍ لبعضها، وبعض الرمانة لا يسمىٰ رمانة.

قال: وكذلك إذا قال: لا ألبس من نسجٍ [نسجه فلان][2]، فلبس ثوباً من نسجه ونسج غيره حنث؛ لأن كل جزء من الفعل يسمىٰ نسجاً، ولو قال: ثوباً من نسج فلان، فلبس ثوباً نسجه فلان وغيره، لم يحنث؛ لأن كل واحد منهما نسج بعض الثوب، ولو قال: لا آكل من خبز فلان، أو خبزاً لفلان، حنث إذا كان [٢٧٦/أ] لفلان شرك في ذلك الخبز أو لم يكن؛ لأن كل جزء من الخبز خبز، ولو قال: لا آكل رغيفاً لفلان فأكل رغيفاً [بين][3] فلان وآخر لم يحنث، لأن بعض الرغيف ليس برغيف.

قال أبو الحسن: والخابز: هو الذي يضرب في التنور، دون الذي يصنعه، يريد بذلك الذي يعجنه ويبسطه؛ لأن الخَبْز هو [الضرب][4] في التنور وما سواه في الخَبْز من مقدماته.

قال: [والطباخ][5] الذي يوقد النار دون الذي ينصب القدر ويصب الماء ويلقي الأبزار ويهيئ لذلك ما تحتاج إليه؛ وذلك لأن الطبخ هو الفعل الذي يتيسر معه الأكل، وما قبل ذلك من مقدمات الطبخ فلا يتناوله الاسم.

قال: وإذا حلف لا يلبس من غزل فلانة، فلبس ثوباً من غزلها وغزل غيرها

---

(١) ساقطة من أ.

(٢) الزيادة تقتضيها السياق، ولعلها سقطت من النسخ.

(٣) في ب (مِن)، والمثبت من أ.

(٤) في ب (الوضع)، والمثبت من أ.

(٥) في ب (الطابخ)، والمثبت من أ.

حنث ؛ وذلك لأن كل جزء من الثوب ملبوس ، وفي جملته غزل فلانة[(١)] .

وقد قالوا: فيمن حلف لا يلبس غزل فلانة ، أن ذلك على ما يتخذ من الغزل ؛ لأن الحقيقة في ذلك غير متعارفة ، ألا ترى أن الغزل لا يلف على البدن ، فحملت اليمين على [المجاز] المتعارف .

وقال في الأصل: فإن نوى أن يلبس الغزل نفسه ، لم يحنث إذا لبسه ثوباً ؛ لأنه نوى حقيقة كلامه[(٢)] .

ولو قال: لا ألبس ثوباً من غزل فلانة ، فلبس ثوباً أكثره من غزلها لم يحنث ؛ وذلك لأنه لم يلبس ثوباً من غزلها ، وإنما بعضه من غزلها ، ولو نسج غزل كل واحدة منهما في موضع من الثوب لم يحنث ؛ لأن غزل كل واحدة منهما بعض الثوب ، وإن كان الثوب كله من غزلها إلا موضع شبر[(٣)] لم يحنث ؛ لأن ذلك بعض الثوب وليس من غزلها .

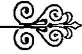
قال هشام عن محمد: إذا قال ثوباً ، لم يحنث إذا كان فيه جزء من ألف جزء من غزل غيرها .

---

(١) العبارة في الأصل مختلفة: «إذا حلف الرجل لا يلبس ثوبًا من غزل فلانة ، فلبس ثوبًا من غزلها وغزل أخرى ، فإنه لا يحنث ؛ لأن الثوب كله ليس من غزلها إذا شركتها الأخرى. . . ، وكل شيء من هذا يشرك المحلوف عليه آخر ، فإن الحالف لا يحنث». ٢/ ٣٣١ ؛ وقال السغدي في فتاواه: «. . . لم يحنث في قول الفقهاء ، ومن قول أبي عبد الله: لا يحنث حتى يلبس ثوبًا من غزلها على حدة». ١/ ٤٠١ .

(٢) وهذه العبارة لم أجدها في الأصل ، وهي تعارض المذكور سابقًا .

(٣) في أ (يسير) .

ونظير مسائل هذا الباب

٢٢٤١ - [في الرجل يحلف بأن لا يخبز لفلان، فيضرب غيره في التنور]

قال: ما روىٰ مُعَلّىٰ عن محمد: في رجل حلف لا يخبز لفلان، فخبز الحالف وضرب الخُبْزَ آخَرُ في التنور، فإنه لا يحنث، إنما يخبز الذي يضرب في التنور.

وقال هشام عن محمد: فيمن حلف لا يكسر لفلان رغيفاً، فكسر عشرة أرغفة بين فلان وآخر، لم يحنث؛ لأنه ليس فيها لفلان رغيف.

وقال معلىٰ عن أبي يوسف: في رجل حلف لا يأكل طعاماً لفلان، ثم اشتريا طعاماً فأكل منه الحالف لم يحنث، وكذلك لو حلف لا يأكل من ماله شيئاً وبينهما ألف درهم، فأخذ منها درهماً فاشترىٰ به شيئاً، فإنه لا يحنث بأكله؛ وذلك لأن مالا يتفاوت[1] إذا استهلك أحد الشريكين بعضه صار مستهلكاً لنصيبه خاصة، فلم يكن آكِلاً مال المحلوف عليه، فلم يحنث، وليس كذلك ما يتفاوت؛ لأنه إذا استهلك منه شيئًا كان النصيبين جميعاً [٢٧٦/ب]؛ ولهذا قالوا ـ في الطعام المشترك ـ: إنه يجوز لأحدهما أن ينتفع ببعضه بغير إذن شريكه، ولا يجوز ذلك فيما يتفاوت[2].



(١) في أ (ما يتفاوت).

(٢) انظر: الأصل ٣١٨/٢، ٣١٩.

بَابُ
ما يقع عليه اسم الثوب فيما قدمنا ذكره في اليمين



قال أبو الحسن: وإذا حلف لا يلبس من غزل فلانة ثوباً، فقطع بعضه فلبسه، فإن كان لا يكون ما قطع إزاراً أو رداء لم يحنث، فإن بلغ ذلك حنث وإن قطعه سراويل فلبسه حنث؛ وذلك لأن لبس الثوب إنما يقال فيما يستر به العورة وأدنىٰ ذلك الإزار، وما دونه ليس بلبس ثوب، ولذلك[1] لا يجزئ في الكفارة، ولو حنث بهذا القدر لحنث إذا اتخذ من غزلها إزاراً، وهذا لا يقوله أحد.

قال: وكذلك إن كان الحالف امرأة فلبست خماراً أو مقنعة، لم تحنث إذا [كان] حلفها علىٰ ثوب، وإنما يريد بذلك الخمار الذي لا يبلغ مقدار الإزار، فإذا بلغ مقدار الإزار حنث بلبسه [وإن لم يستر به العورة][2].

قال: وكذلك إن لبس الحالف عِمامة لم يحنث إلا أن يلفقه، فيكون إزاراً أو رداءً أو يقطع من مثلها قميصاً أو درعاً أو سراويل، فإنه يحنث؛ وذلك لأن العمامة إذا لم تبلغ مقدار الإزار [فلابسها لا يسمىٰ لابس ثوب][3] فلم يحنث في يمينه، فإذا بلغت مقدار الإزار أو الرداء، فقد لبس ما يسمىٰ ثوباً إلا أنه لبسه في موضع من بدنه مخصوص، فهو كما لو لبس القميص علىٰ رأسه.

قال: وإذا حلف لا يلبس من غزل فلانة ولم يقل ثوباً، لم يحنث في التِّكَّةِ

(١) في ب (وكذلك) والمثبت من أ.

(٢) في ب (إذا ستر العورة)، والمثبت من أ.

(٣) في ب (فليس لابسها كلابس ثوب)، والمثبت من أ.

والزِّرِّ والعُرْوة واللَّبَبَة رواية عن محمد؛ وذلك لأن هذا [ليس] بلبس في العادة ولا يقال لمن كان عليه لابسٌ.

وقال أبو يوسف: إن لبس رقعة في ثوبه شبراً في شبر حنث؛ لأن هذا عنده في حكم الكبير(١) فصار لابساً له.

وقال محمد: إذا حلف لا يلبس ثوباً لا يحنث في العمامة والمقنعة ويحنث في السراويل [والإزار] وأراه ثوباً، وهذا على التفصيل الذي قدمناه.

وقد قالوا: إذا حلف لا يلبس ثوباً من غزلها، فلبس ثوب خَزٍّ غزلته حنث؛ لأن ذلك ينسب إلى الثوب، فإن لبس كساء من غزلها سُداه قطن، فإن كان يسمى ثوباً، حنث، وإلا لم يحنث.

وقالوا: فيمن حلف لا يلبس ثوباً من نسج فلان، فنسجه غلمانه، فإن كان فلان يعمل بيده، لم يحنث إلا أن يلبس من عمله(٢)، وإن كان فلان لا يعمل بيده، حنث من قِبَل أن هذا نسجه، وهذا صحيح؛ لأن حقيقة النسج ما فعله الإنسان بنفسه، فإذا أمكن حمل اليمين على الحقيقة لم يحمل على المجاز، وإذا كان فلان لا ينسج بيده، فلا يجوز أن يقصد باليمين [٢٧٧/أ] الحقيقة، فبقي أن تحمل على المجاز وهو الأمر بالعمل.

وروى بشر عن أبي يوسف: فيمن حلف لا يلبس شيئاً من السواد، قال: هذا على ما يلبس مثله، ولا يحنث في التكة والزر والعروة؛ لأن ذلك ليس بلبس(٣).

---

(١) في أ (الكثير).

(٢) في ب (نسجه).

(٣) انظر: الأصل، ٢/٣٢٩، ٣٣١؛ والبدائع ٣/٧٠.

بَابٌ آخَر
في اللبس

قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يلبس قميصاً أو سراويل أو رداءً، فائتزر بالسراويل أو القميص أو الرداء لم يحنث، وكذلك [إذا] اعتمَّ بالسراويل، حتىٰ يتقمص بالقميص ويلبس السراويل ويتردىٰ بالرداء.

روىٰ هذا بشر وابن سماعة عن أبي يوسف، وكذلك قال محمد، وهذا علىٰ ما قدمنا أن اليمين إذا كانت مطلقة اعتبر فيها الصفة المعتادة، والمعتاد في لبس القميص ليس هو [التعمم][1] والاتزار فلا يحنث، ولو حلف لا يلبس هذا القميص أو هذا الرداء أو هذا السراويل، فعلىٰ أي حال لبس ذلك حنث، وإن اتزر بالرداء أو ارتدىٰ بالقميص [أو اعتمر] فلف القميص علىٰ رأسه، وكذلك إن حلف أن لا يلبس هذه العمامة فألقاها علىٰ عاتقه، وهذا علىٰ ما قدمنا أن اليمين إذا تعلقت بعين اعتبر فيها وجود الاسم علىٰ أي [صفة][2] كان، وهذا لبس إلا أنه ليس بمعتاد، فحنث به.

قال: وإذا حلف لا يلبس حريراً فلبس حريراً [مصمتًا، أو ما لُحْمته[3] حرير حنث، فإن كانت اللحمة غير حرير وسَدَاه حرير][4] لم يحنث؛ [وذلك] لأن الثوب

(١) في ب (التعميم)، والمثبت من أ.
(٢) في ب (وجه)، والمثبت من أ.
(٣) «اللُّحْمة من الثوب: خيوط النسيج العرضية، يلحم بها السَّدَىٰ، والسدىٰ خلاف اللحمة: وهو ما يمد طولاً في النسيج، الواحدة سَدَاةً». المعجم الوجيز، والوسيط (لحم، وسدىٰ).
(٤) الزيادة من أ، حيث سقطت من ب.




ينسب إلىٰ اللحمة دون السدىٰ ؛ لأنها هي الظاهرة منه ، والسدىٰ ليس بظاهر .

قال: ونظير مسائل هذا الباب ما قال في الجامع: فيمن حلف لا يلبس قميصين فلبس قميصاً ثم نزعه ثم لبس آخر ، فإنه لا يحنث حتىٰ يلبسهما معاً ؛ لأن العادة في ذلك أنه يقال: لبس قميصين إذا جمع بينهما ، واليمين المطلقة يعتبر فيها المعتاد ، ولو قال: والله لا ألبس هذين القميصين ، فلبس أحدهما ثم نزعه ولبس الآخر حنث ؛ لأن اليمين هاهنا تعلقت بعين ، فاعتبر فيها الاسم دون المعتاد .

وقد قالوا: فيمن حلف لا يلبس شيئاً ولا نية له ، فلبس درعاً من حديد ، أو درع امرأة ، أو خفين ، أو قلنسوة ، فإنه يحنث في لبس [أي][(١)] ذلك ؛ لأنه حلف لا يلبس شيئاً ، وهذا كله يتناوله اسم اللبس ، ولو حلف لا يلبس سلاحاً فتقلد سيفاً أو تنكب قوساً أو ترساً لم يحنث ؛ لأن هذا ليس بلبس ، [ألا ترىٰ أنه][(٢)] يقال [فلان] تقلد السيف ، ولو لبس درعاً من حديد أو غيره حنث ؛ لأن السلاح هكذا يلبس .

وقالوا: فيمن حلف لا يلبس قطناً فلبس ثوب قطن حنث ؛ لأن القطن لا يلبس بنفسه ، فحملت اليمين علىٰ المجاز وهو ما يتخذ منه ، فإن لبس قِباءً ليس بقطن وحشوه قطن لم يحنث ، إلا أن يعني الحشو ؛ لأن الحشو ليس بملبوس فلا تتناوله اليمين [إلّا أن ينويه] .

ولو لبس ثوباً [٢٧٧/ب] من قطن وكتان حنث ؛ لأن اليمين علىٰ القطن يتناول

---

(١) في أ (في أي ذلك ما لبس).

(٢) في ب (لأنه يقال تقلد) ، والمثبت من أ.

ما يتخذ منه وبعض الثوب يتخذ منه.

وقد روىٰ بشر عن أبي يوسف: في رجل حلف ليقطعن من هذا الثوب قميصاً وسراويل، فقطعه قميصاً فلبسه ما شاء الله، ثم قطع من القميص سراويل فلبسه، فإنه يَبَرُّ في يمينه؛ لأن القميص يسمىٰ ثوباً فقد قطع السراويل، واسم الثوب لم يزل، فلا يحنث في يمينه.

ولو حلف علىٰ قميص ليقطعن منه قِباءً وسراويل فقطع منه قِباءً فلبسه أو لم يلبسه، ثم قطع من القِباء سراويل، فإنه [قد] حنث في يمينه حينَ قطع القميص قِباءً؛ لأنه قطع السراويل مما لا يسمىٰ قميصاً، ويمينه اقتضت أن يقطع السراويل من قميص لا من قباءٍ.

وقال في الزيادات: إذا قال عبده حر إن لم يجعل من هذا الثوب قِباءً[(١)] وسراويل ولا نية له، فجعله كله قباء وخاطه، ثم نقض القِباءَ وجعله سراويل، [فإنه] لا يحنث إلا أن يكون عنىٰ أن يجعل من بعضه هذا ومن بعضه هذا، وهو علىٰ الحالة الأولىٰ وهذا علىٰ ما قدمنا.

وقال عمرو عن محمد: في رجل حلف لا يلبس هذا الثوب فقطعه سراويلين فلبس سراويل بعد سراويل، قال محمد: لا يحنث.

قال محمد: إذا صار سراويلات خرج من أن يكون ثوباً؛ وذلك لأن لبس الثوب يقتضي لبس جميعه دفعة، (فإذا لبس فإطلاق)[(٢)] اسم الثوب لا يتناول

---

(١) هنا في الأصل زيادة: (وخاطه) فحذفت، حيث أورد الكاساني الرواية بلفظها بدون هذه الكلمة، والسياق يدل علىٰ ذلك. ٣/٧٠.

(٢) في أ (إذ إطلاق اسم الثوب).




السراويل، فلم يحنث بلبسه؛ لأن اليمين إذا تعلقت بعين في غير الحيوان بقيت ببقاء الاسم.

وقال ابن أبي رجاء عن محمد: سمعت أبا يوسف قال: فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة فلبسها لم يحنث؛ لأن القلنسوة لا تسمى ثوباً، وإن قطعه قميصاً ففضلت منه فضلة عن القميص رقعة صغيرة يتخذ منها لَبَنَة وما أشبه ذلك، فإنه يحنث؛ وذلك لأن هذا القدر لا يعتدّ بِهِ، فكان لابساً، كمن حلف لا يأكل رمانة فأكلها إلا حبة، ولو اتخذ من الثوب جوارب فلبسها لم يحنث؛ لأن اسم الثوب زال عنها[1].



(١) انظر: الأصل، ٢/٣٣٠ وما بعدها.

بَابُ
الحلف على الكلام



قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يكلم فلاناً أبداً، أو لم يقل أبداً، فاليمين على الأبد في أي وقت كلمه في ليل أو نهارٍ، أو في أي مكان أو على أي حال حنث؛ وذلك لأن اليمين وقعت على النفي، والنفي لا [يختصُّ][1] بحال ولا بزمان كنهي صاحب الشرع، فوجب أن تحمل على التأبيد، فإن ذكر الأبد فهو تأكيد لما اقتضاه الكلام.

قال: فإن نوى شيئاً دون شيء لم يديّن في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى، يعني إن نوى يوماً أو وقتاً أو بلداً أو منزلاً؛ لأنه خصص ما ليس [٢٧٨/أ] في لفظه، فلا يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا في القضاء.

قال: ولا يحنث حتى يكون منه كلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها، فإن كان موصولاً لم يحنث مثل أن يقول: إن كلمتكِ فأنتِ طالق فاذهبي أو فقومي، فإنه لا يحنث [بقوله][2] فقومي؛ لأنه متصل باليمين، قال ذلك أبو يوسف؛ وذلك لأن قوله (لا أكلِّم) أو (إن كلمتكِ) تنعقد على الكلام المقصود، وذلك ما يستأنفه بعد تمام الكلام، فأما ما هو [مِن] تمام الكلام ـ وإن كان كلاماً في الحقيقة ـ فليس بمقصود باليمين، فلا يحنث به، (وإذا قال: إن كلمتكِ فأنتِ

(١) في ب (يتخصص)، والمثبت من أ.
(٢) في ب (في قوله)، والمثبت من أ.

طالق فاذهبي، فقوله (فاذهبي) إنما هو تمام الكلام فلا يحنث به)[1].

وقد قالوا: إنه إذا جاء بحرف العطف فليس بكلام مبتدَأ مثل أن يقول: فاذهبي واذهبي، فإن أراد بقوله فاذهبي الطلاق، فإنها تطلق بقوله فاذهبي ويقع عليها تطليقة باليمين؛ لأنه صار كلاماً مستأنفاً فليس له تعلق بالجملة الأولىٰ، فيحنث به.

قال: فإن كان في الحال التي حلف عليها[2] ما يدل علىٰ تخصيص اليمين كانت خاصة مثل أن يكون قال له رجل: كلم لي زيداً اليوم في كذا، فيقول: والله لا أكلِّمه، أو قال: ستكَلِّمُني اليوم بما أكره، فيقول: والله لا أكلمك، فيكون هذا علىٰ اليوم دون غيره؛ وذلك لأن دلالة الحال تؤثر في حكم الكلام فخصَّت عموم كلامه، فحملت اليمين علىٰ اليوم خاصة (وعلىٰ هذا قالوا)[3]: إذا قال: ائتني اليوم، فقال: امرأته طالق إن أتيتك، فهذا علىٰ اليوم، وكذلك إذا قال: ائتني في منزلي فحلف بالطلاق لا يأتيه، فهو علىٰ المنزل، وهذا [ما][4] لم [يطل][5] الكلام بين دلالة التخصيص وبين اليمين؛ لأنهم قالوا: إذا قال [لو][6] لم تلقني في المنزل وقد أشاءت في تركك لقائي، وقد أتيتك غير مرة [فلم ألقكَ] فقال الآخر: امرأته طالق إن أتاك، فهذا علىٰ الأبد وعلىٰ كل منزل؛ لأن الكلام كثر

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٢) في أ (فيها).
(٣) في أ (وهذا علىٰ ما قالوا).
(٤) الزيادة من أ.
(٥) في النسختين (يبطل)، والمثبت من البدائع ٤٧/٣، والعبارة بنصها فيه، وقال في آخره: «فإن طال، كانت اليمين علىٰ الأبد».
(٦) الزيادة من أ.

فيما بين ابتدائه بذكر المنزل وبين الحلف، فانقطعت اليمين عنه، وصارت كالمبتدأة، فإن نوىٰ هذا الإتيان في المنزل ديِّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولم يدين في القضاء؛ لأنه وجد في الحال ما يحتمل أن يكون اليمين انصرفت إليه وإن كان غير ظاهر(١).

٢٢٤٢ - فَصْل: [هل يعد الفتح علىٰ قراءة الإمام كلامًا؟]

ولو صلىٰ الحالف خلف المحلوف عليه فسها الإمام، فسبح فيه الحالف، أو [فتح](٢) عليه بالقراءة لم يحنث؛ وذلك لأن هذا لا يسمىٰ كلاماً في الإطلاق وإن كان كلاماً في الحقيقة، ألا ترىٰ أن الكلام [٢٧٨/ب] يبطل الصلاة وهذا لا يبطلها.

وقد قالوا: فيمن حلف لا يتكلم فصَلَّىٰ، فالقياس: أن يحنث؛ لأن التكبير والقراءة كلام، والاستحسان: أن لا يحنث؛ لأنه غير مراد باليمين؛ ولأنهم يقولون: فلان لم يتكلم في صلاته، وإن كان قرأ فيها.

قال: ولو فتح عليه في غير الصلاة حنث؛ لأنه كلام وإنما لم يحمل عليه اليمين إذا وقع في الصلاة بدلالة، فإذا وقع في غيرها حمل علىٰ القياس، فإن كان الإمام هو الحالف والمحلوف عليه خلفه، فسلم لم يحنث؛ لأن السلام في الصلاة ليس بكلام كتكبيرها والقراءة فيها.

وإذا مَرَّ الحالف علىٰ جماعة فيهم المحلوف عليه فسَلَّم عليهم حنث؛ وذلك لأنه مُكَلِّم لجماعتهم بالسَّلام، فإن نوىٰ القومَ دونه لم يحنث فيما بينه

(١) انظر: الأصل، ٢/٣٥٧؛ البدائع ٢/٤٦، ٤٧.

(٢) في ب (فسخ)، والمثبت من أ.




وبين الله تعالىٰ؛ لأنه إنما يكون مكلماً له بالقصد ولم يقصده ولا يديَّن في القضاء؛ لأن الكلام في الظاهر للجماعة، وما نواه لا يَطَّلِع عليه الحاكم.

قال: ولو نَبَّه الحالف المحلوف عليه من النوم، حنث وإن لم ينتبه؛ لأنه مكلم له وقد وصل الكلام إلىٰ سمعه، وهناك مانع من الفهم فصار كما لو كلمه وهو غافل.

قال: وإن دَقَّ عليه الباب فقال: من هذا؟ أو مَنْ أنت؟ فحنث؛ لأنه مكلم له بالاستفهام(١).

قال: وإذا دعاه أو كَلَّمه وهما في مكانين، فإن كان [مثل ذلك](٢) يسمع حنث، وإن كان في موضع لا يسمع في مثله؛ لبعد ما بينهما لم يحنث؛ لأن الموضع إذا كان قريباً وصل الصوت إلىٰ سمعه (وإن لم يفهم)(٣)، فإذا كان بعيداً [فالصوت] لا يصل إليه فلا يكون مكلماً؛ ولهذا يُعَدُّ مَنْ فعل هذا هاذياً، ولا يعد من فعل الأول كذلك.

قال: ولو حلف لا يتكلم فقرأ في الصلاة أو سَبَّح أو كَبَّر لم يحنث، وكذلك جميع الذكر يفعله في الصلاة، وقد بينا القياس والاستحسان في ذلك.

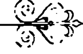
وقد قالوا: فيمن حلف لا يكلم إنساناً فكلَّم غيره وهو [لا] يقصد أن يسمع لم يحنث؛ لأنه لم يقصده بالكلام، وإن حلف لا يكلم امرأته فدخل داره وليس فيها غيرها فقال: من وضع هذا، أو أين هذا؟ حنث؛ لأنه مكلم لها حين استفهم

---

(١) انظر: تبيين الحقائق، فقد أورد المسألة باللفظ، ٣/١٣٦.

(٢) في ب (ذلك مثله)، والمثبت من أ.

(٣) في أ (وإن لم يتميز له للغفلة).

وليس هناك غيرها.

قال: [فإن] كان في الدار غيرها لم يحنث؛ لأنه يحتمل أن يكون استفهم من سواها، (فإن قال: ليت شعري من وضع هذا؟ لم يحنث؛ لأن هذا مخاطبة لنفسه وليس بمكلم لها)[1][2].



(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: الأصل ٢/٣٥٧.

بَابُ
الحلف على الكلام المؤقَّت

قال أبو الحسن: إذا قال الرجل ليلاً: والله لا أكلم فلاناً يوماً، أن اليمين من [٢٧٩/أ] حين حلف إلىٰ أن تغيب الشمس من الغد، فدخل في يمينه بقية الليل، فإن كلّمه فيما بقي من الليل، أو من الغد حنث في يمينه؛ وذلك لأن اليمين إذا تعلقت بوقت مطلق فابتداؤها عقيب اليمين، ألا ترىٰ أن الله تعالىٰ حكم بصحة الإيلاء وأجمعت الأمة عليه، وصفته[١]: أن يحلف علىٰ ترك الوطء أربعة أشهر فصاعداً، فلو لم يختص اليمين بعقيب السبب لم يكن مولياً، كمن حلف لا أقربك أربعة أشهر في عمري، ولأن كل حكم تعلق بمدة لا علىٰ طريق القربة اختص بعقيب السبب كالإجارة، وإذا ثبت هذا كانت اليمين علىٰ عقيب الحال فيدخل بقية الليل [فيها].

قال: وكذلك لو حلف بالنهار لا يكلمه[٢] ليلة، فإنه يحنث بكلامه من حين حلف إلىٰ طلوع الفجر، وهذا علىٰ ما بينا، فإن حلف في بعض النهار لا يكلمه يوماً، فاليمين علىٰ بقية اليوم والليلة المستقبلة إلىٰ مثل تلك الساعة التي حلف فيها من الغد، وكذلك إذا حلف في بعض[٣] الليل لا يكلمه ليلة فاليمين من تلك الساعة إلىٰ أن يجيء مثلها من الليلة المقبلة، فيدخل النهار الذي بينهما في ذلك؛

(١) في أ (وصورته).
(٢) في أ (لا يكلم فلانًا ليلة).
(٣) في أ (ليلاً).

لأنه حلف على [يوم منكر][(١)] فلا بد من استيفائه[(٢)]، ولا يمكن استيفاء يوم إلا بإتمامه من اليوم الثاني فدخل الليل على طريق التبع.

قال: فإن قال في بعض اليوم: والله لا أكلمك اليوم، فاليمين على باقي اليوم، فإذا غربت الشمس سقطت اليمين؛ وذلك لأنه حلف على زمان معيّن فلا يمكن نقل اليمين إلى غيره، فتعلقت بما بقي منه، فإن قال: والله لا أكلمك اليوم ولا غداً، فاليمين على بقية اليوم وعلى الغد، ولا تدخل الليلة التي بينهما في اليمين، روى ذلك ابن سماعة عن أبي يوسف ومحمد؛ وذلك لأن [لا] إذا دخلت بين [نفيين][(٣)] تناولت كل واحد منهما على الانفراد بدلالة قوله تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ﴾ [البقرة: ١٩٧] فاقتضت [اليومين][(٤)] جميعاً، فلا يدخل الليل؛ لأنه أفرد كل واحدٍ منهما بيمين، ألا ترى أن تقديره لا أكلمك اليوم ولا أكلمك غداً، فلا يدخل الليل في ذلك، قاله ابن سماعة عنهما.

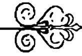
ولو قال: والله لا أكلمك اليوم وغدًا، إذاً دخلت الليلة التي بين اليوم والغد في يمينه؛ وذلك لأنها يمين واحدة؛ لأن الواو للجمع فكأنه قال: لا أكلمك يومين.

وروى بشر عن أبي يوسف: أن الليل لا يدخل؛ لأنه عقد على النهار وليس بنا ضرورة إلى إدخال الليل فلم يدخل.

قال: فأما إذا قال: والله لا أكلمك يوماً ولا [٢٧٩/ب] يومين، فهو مثل قوله:

---

(١) في ب (على ليلة منكرة)، والمثبت من أ.
(٢) في أ (استيعابه) في الموضعين.
(٣) في ب (يومين)، المثبت من أ.
(٤) في ب (اليمين) والمثبت من أ.

لا أكلمك ثلاثة أيام في قول أبي يوسف ومحمد، وكذلك رواه بشر عن أبي يوسف، وذكر محمد في الجامع الكبير: أنه على يومين، فإن كلمه اليوم الثالث لم يحنث.

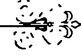
وجه الرواية الأولى: أنه عطف اليومين على اليوم، والعطف غير المعطوف عليه فاقتضى يومين غير الأول.

وجه رواية محمد: أن كل واحد منهما يمين منفردة، فكانت الثانية عقيب السبب كالأولى، فصار على اليوم الأول يمينان، وعلى اليوم الثاني يمين واحدة.

وقال بشر عن أبي يوسف: ولو قال والله لا أدخل الدار يوماً ويوماً، فهو مثل حلفه على يومين، ولا يشبه قوله لا أدخلها اليوم وغداً؛ وذلك لأن قوله يومًا [ويومًا] عقد على زمان منكر، فصار كقوله: يومين، وقوله: اليوم وغداً عقد على زمان معين، لا ضرورة بنا إلى إدخال الليل فيه، فلا يدخل.

قال أبو الحسن: فإن قال: والله لا أكلم زيداً يوماً، والله لا أكلمه يومين، والله لا أكلمه ثلاثة أيام، فاليوم الأول من حين فرغ من اليمين الثالثة عليه ثلاثة أيمان، واليوم الثاني عليه يمينان الثانية والثالثة، واليمين الثالث عليه يمين واحدة وهي الثالثة؛ وذلك لأن كل يمين ذكرها تختص بعقب السبب، فكانت اليمين الأولى على يوم عقيب اليمين، و[اليمين] الثانية على يومين عقيب اليمين، و[اليمين] الثالثة على ثلاثة أيام عقيب اليمين، فعلى اليوم الأول ثلاث أيمان، وعلى الثاني يمينان، وعلى الثالث واحدة[1].

(١) انظر: الأصل، ٣٣٨/٢، ٣٦٠، ٣٦٧.

٢٢٤٣ ـ ونظير مسائل [هذا] الباب

ما روىٰ دواد بن رشيد عن محمد فيمن قال: والله لا أكلمك اليوم سنة أو لا أكلمك اليوم شهراً، فعليه أن يدع كلامه في ذلك اليوم شهراً وفي ذلك اليوم سنة حتىٰ تكمل كلما دار ذلك اليوم في ذلك الشهر أو في السنة التي حلف عليها؛ وذلك لأن اليوم الواحد لا يكون شهراً ولا سنة، فعلم أن المراد باليمين أنه لا يكلمه في مثله شهراً أو سنة.

فإن قال: لا أكلمك اليوم عشرة أيام وهو في يوم السبت، فهذا علىٰ سبتين؛ لأنه لا يدور في عشرة أيام أكثر من سبت واحد، وكذلك لو قال: لا أكلمك يوم السبت يومين كان علىٰ سبتين؛ لأن السبت لا يكون يومين ولا يدور سبتان في يومين، فعلم أن المراد به ما بين[١] ذلك، [وكذلك] لو قال: لا أكلمك يوم السبت ثلاثة أيام، كان كلها يوم السبت لِمَا بَيّنا.

ولو قال: لا أكلمك يوماً ما أو لا أكلمك يوم السبت يوماً، فله أن يجعله [في] أي يوم شاء؛ لأنه عقد علىٰ يوم [٢٨٠/أ] شائع في الأيام، فكان له تعيينه متىٰ شاء.

وقال ابن سماعة عن محمد فيمن قال: لا أكلمك يوماً بين يومين ولا نية له، قال: [فكلّ][٢] يوم بين يومين وهذا عندي بمنزلة قوله: لا أكلمك يوماً، فيكون علىٰ يوم من ساعة حلف.



(١) في أ (مرتين).
(٢) في ب (فكان)، والمثبت من أ.

٢٢٤٤ ـ فَصْل: [اليمين على الأوقات المبهمة]

ولم يذكر أبو الحسن اليمين على الأوقات المبهمة، وهذه المسائل مذكورة في الأصل وفي غيره.

قال: وإذا حلف لا يكلم فلاناً زماناً، أو حيناً، أو الزمان أو الحين، ولا نية له، فإنه على ستة أشهر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد؛ وذلك لأن الحين يعبَّر به عن الوقت القريب قال الله تعالى: ﴿فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾ [الروم: ١٧] وأراد بذلك صلاة الصبح والعصر، ويعبر بذلك عن أربعين سنة، قال الله تعالى: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١] ويعبر به عن ستة أشهر قال الله تعالى: ﴿تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ بِإِذْنِ رَبِّهَا﴾ [إبراهيم: ٢٥] قال ابن عباس: [أراد به] النخلة؛ لأن بين إطلاعها [وبين] انتهاء ثمرتها ستة أشهر(١)، وكل واحد منهما مأكول، ولا يجوز أن تحمل اليمين على الوقت اليسير؛ لأن من أراد ذلك امتنع منه بغير يمين، ولا يحمل على أربعين سنة؛ [لأنَّ مَن أراد ذلك قال: لا أكلِّمكَ أبدًا، فلم يبقَ إلا أن يحمل على ستة أشهر](٢).

ورُوي عن ابن عباس: أنه حملها على ذلك، والزمان يذكر ويراد به بما يراد بالحين، فصار أحدهما كالآخر، فإن كانت للحالف نية فهو على ما نوى؛ لما بينا أن اللفظ محتمل للجميع؛ إلا أنهم قالوا يصدق في الوقت اليسير إذا قال حيناً؛ لأنه عبارة عن الوقت اليسير بدلالة قوله: ﴿فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ﴾ [الروم: ١٧] ولا يصدق في الزمان.

---

(١) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز)، ص ١٠٥٥.

(٢) الزيادة من أ.

ومن أصحابنا من قال: لا يصدق في الزمان على الوقت اليسير؛ لأنه لم يثبت استعمال اللفظ فيه.

وقد ذكر أبو الحسن في الجامع عن أبي حنيفة[1]: أنه يدين في الزمان والحين في كل ما نوى من قليل أو كثير، وذكر عن أبي يوسف: أنه لا يدين فيما دون ستة أشهر في القضاء.

٢٢٤٥ـ فَصْل: [اليمين بأن لا يكلِّمه دهراً]

وأما إذا قال: لا أكلِّمك دهراً أو الدهر، فقال أبو حنيفة: إن كانت له نية فهو على ما نوى، فإن لم تكن له نية فلا أدري ما الدهر.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا قال: دهراً فهو [على] ستة أشهر، وإذا قال: الدهر فهو على الأبد، ومن أصحابنا من قال: لا خلاف في الدهر أنه الأبد، وإنما قال أبو حنيفة: إذا قال دهراً لا أدري ما هو.

وقد روى بشر، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: في قوله: دهراً، أو الدهر، أنّهما سواء[2].

لأبي حنيفة: أن الدهر يعبر به عن أشياء مختلفة قال الله تعالى: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١] فجعل الحين بعض الدهر، وقال النبي ﷺ: «لا تسبوا الدهر فإن الله هو الدهر»[3] يعني: هو خالق [٢٨٠/ب] الدهر.

---

(١) في أ (في الجامع أنه قال يديّن).

(٢) انظر: مختصر القدوري، ص ٥١٥.

(٣) أخرجه مسلم في الصحيح (٢٢٤٦، ٢٢٤٧).

وروي عن النبي ﷺ أنه قال حاكياً أن الله تعالىٰ يقول: «استقرضت من عبدي فما أقرضني، وشتمني عبدي وهو لا يدري، يسب الدهر فيقول وادهراه وإنما أنا الدهر»[١] فإذا لم يثبت أنه عبارة عن شيء معين رجع فيه إلىٰ نيته، فإن لم تكن له نية وقف فيه، ولا عيب[٢] علىٰ العالم أن يقول فيما لم يثبت عنده: لا أدري.

وقد روي عن ابن عمر أنه سُئِل عن شيء فقال: لا أدري، وحق لابن عمر أن يقول لشيء لا يدري لا أدري.

وعن علي رضي الله عنه أنه قال: لا يستحي جاهل أن يتعلم ما لا يعلم، ولا يستحي عالم إذا سئل عما لا يعلم أن يقول: لا أعلم[٣].

وسئل النبي ﷺ عن أفضل البقاع فقال: لا أدري، فلما نزل عليه جبريل سأله فعرج إلىٰ السماء ثم هبط فقال: «سألت ربي عن أفضل البقاع فقال: المساجد، وأفضل أهلها من جاءها أولاً وانصرف آخراً، وشر أهلها من جاءها آخراً وانصرف أولاً»[٤].

وجه قولهما: أن الدهر يذكر كما يذكر الحين، يقول ما رأيته مذ دهر وما

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك، ٥٧٩/١ وصححه؛ وابن خزيمة في صحيحه، ١١٣/٤؛ والبخاري (٧٠٥٣)؛ ومسلم (٢٢٤٦) نحوه.

(٢) في أ (عتب).

(٣) الأثر رواه أبو نعيم في الحلية ٧٦/١؛ والبيهقي في شعب الإيمان ١٢٤/٤؛ وابن عبد البر في جامع العلم وفضله ٩٠/١.

(٤) أخرجه القزويني في التدوين، في أخبار قزوين، ٣٦٢/٣؛ وأورده المتقي الهندي في كنز العمال، وعزاه للرافعي «عن عثمان بن صهيب عن أبيه» ٢٦٦/٧.




رأيته مذ حين، فكان أحدهما كالآخر، فإذا أدخل عليه الألف واللام صار عبارة عن جميع الزمان.

٢٢٤٦ـ فَصْل: [الحلف في وقت مبهم]

قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: إذا قال يوم أدخل هذه الدار فعليّ كذا، ولا نية له في ليل ولا نهار، فإن دخلها ليلاً أو نهاراً حنث؛ وذلك لأن اليوم إذا أضيف إلىٰ الفعل تناول وقتاً مبهماً قال الله تعالىٰ: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ﴾ [الأنفال: ١٦] ولم يرد به النهار دون الليل.

قال: فإن نوىٰ النهار دُيّن في القضاء، وقال بشر عن أبي يوسف: لا أدينه، وروىٰ محمد عنه: أنه يدينه.

لنا: أن حقيقة اليوم عبارة عن بياض النهار، ومن نوىٰ حقيقة كلامه صدق.

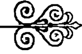
لأبي يوسف: أن اللفظ في الظاهر للوقت، فإذا نوىٰ غير الظاهر لم يصدق في القضاء، وقد قالوا فيمن قال: ليلة يقدم فلان فأنت طالق، فقدم [فلان] نهاراً لم تطلق؛ لأن الليلة لم تستعمل في الوقت المبهم فتحمل علىٰ سواد الليل خاصة، وإنما استعملوا الليالي إذا ذكرت علىٰ طريق الجمع في الوقت المبهم، فقالوا:

لَيَالِيَ لاقينا جُذَامَ وحِمْيَراً(١)

٢٢٤٧ـ فَصْل: [فيمن قال: لا يكلمه الجمعة]

قال محمد في الجامع الكبير: إذا قال: والله لا أكلِّمك الجمعة، فله أن

(١) البيت لزفر بن الحارث الكلابي، شرح التصريح، لخالد الأزهري، ١/٢٤٩.

يكلمه في غير الجمعة، وكذلك لو قال: لا أكلِّمك جُمَعاً، كان له أن يكلمه في غير يوم الجمعة[1].

وروىٰ بشر عن أبي يوسف: فيمن حلف لا يدخل هذه الدار الجُمَع ولا نية له، فهذا علىٰ جمع الأبد؛ وذلك لأن الجُمَع جَمْع ليوم الجمعة، ولو حلف لا يكلمه يوم الجمعة لم يتناول غيره، فكذلك إذا جمع اليوم، يبين ذلك إن نذر صوم الجُمَع، لم يلزمه صوم ما بينهما.

وقد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ في قوله: لا أكلمك الجُمَع، إنه علىٰ عشر جمع، وإن قال: جُمَعاً [٢٨١/أ] فهو علىٰ ثلاث.

وقال أبو يوسف ومحمد: في جمع مثله وفي الجمع [بالتعريف] علىٰ الأبد.

لأبي حنيفة: أن جُمَع ثلاثة، فإذا دخل عليها الألف واللام اقتضىٰ ذلك جنس ما يسمىٰ جُمَعاً، وذلك عشرة، وما زاد عليها يقال إحدىٰ عشرة جمعة فوجب أن يحمل اليمين علىٰ العشرة[2].

وجه قولهما: أن [الألف و] اللام للجنس أو للعهد، وليس هاهنا جمع معهود، فيحمل علىٰ جنس الجمعة، وذلك في الأبد، وعلىٰ هذا إذا قال: لا أكلمك الأيام، فهو علىٰ عشرة أيام عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: سبعة أيام.

لأبي حنيفة: أن الألف واللام للجنس فيقتضي ذلك جنس ما يسمىٰ أياماً

---

(١) الجامع الكبير، ص ٦٤.

(٢) انظر: مختصر القدوري، ص ٥١٥٠.

وذلك عشرة أيام، وما زاد عليها يقال أحد عشر يوماً.

وجه قولهما: أن اللام للعهد، والمعهود في الأيام أيام الأسبوع فتحمل اليمين عليها، وأما إذا قال: لا أكلمك أياماً فقد ذكر في الجامع الكبير: أنه علىٰ ثلاثة أيام في قولهم؛ لأن أدنىٰ الجمع ثلاثة، وقد ذكر لفظ جمع، وذكر في كتاب الأيمان إذا قال: لا أكلمك أياماً أنه علىٰ عشرة أيام عند أبي حنيفة وسوّىٰ بينه وبين الأيام، والصحيح ما في الجامع الكبير، وعلىٰ هذا: إذا قال لا أكلمك الشهور فهو علىٰ عشرة أشهر عند أبي حنيفة؛ لما ذكرنا أن جنس ما يسمىٰ شهوراً عشرة.

وعلىٰ قولهما: يحمل علىٰ اثني عشر شهراً لأنها الشهور المعهودة، ولو حلف لا يكلمه السنين فهو علىٰ عشر سنين [عند أبي حنيفة، وعندهما: علىٰ الأبد؛ لأنه لا عهد في السنين] ولو قال: لا أكلمك سنين فهو علىٰ ثلاث سنين في قولهم[1].

٢٢٤٨ - فَصْل: [الحلف بأن لا يكلّمه عاجلاً]

وقال أبو حنيفة: إذا حلف لا يكلمه عاجلاً ولا نية له، فهو علىٰ أقل من شهر؛ وذلك لأن الشهر في حكم الكثير؛ لأنه يجعل أجلاً في الدين، فصار بعيداً وما دونه عاجل، ولو قال: والله لأهجرنك ملياً فهذا علىٰ شهر وأكثر، فإن نوىٰ أقل من ذلك لم يدين في القضاء؛ لأنه جاء في تفسير قوله (ﷻ): ﴿وَٱهۡجُرۡنِي مَلِيّٗا﴾ [مريم: ٤٦] أي: طويلاً، وهذا يقتضي ما زاد علىٰ الشهر، ولو قال: لا أكلمك أياماً كثيرة فهذا علىٰ عشرة أيام في قياس[2] قول أبي حنيفة[3].

---

(١) انظر: الجامع الكبير ص ٦٤.

(٢) في أ (في قول).

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٥١٥.




وقال أبو يوسف مثله ؛ لأنه أدخل الكثرة على اسم الجمع ، فصار كإدخال لفظ الجنس ، ولو قال: والله لا أكلمك كذا وكذا يوماً فهو على أحد وعشرين [يومًا] ؛ لأنه أقل عدد يعطف على عدد تفسيره يوماً ، ولو قال: كذا كذا فهو أحد عشر يوماً ، ولو حلف لا يكلمه بضعة عشر يوماً فهو على ثلاثة عشر [يومًا] ؛ لأن البضع من ثلاثة إلى [تسعة][1] فيحمل على أقلها.

قال أبو يوسف: ولو حلف لا يكلمه عمراً فهو مثل الزمان [والحين ؛ لأنه ليس له مقدار بعينه ، وإنما يعبّر عن قطعة مبهمة من الزمان].

وقال بشر عن أبي يوسف: فيمن حلف لا يكلم رجلاً الشتاء ، فأول ذلك إذا لبس الناس الحشو والفراء ، وآخر ذلك إذا ألقوها في البلد الذي [٢٨١/ب] حلف فيه.

وكذلك الصيف: يعني من حين إلقاء الحشو إلى لبسه ، والفصل: إذا استثقل الناس ثياب الشتاء واستخفوا ثياب الصيف ، وإذا حلف لا يكلمه الربيع فهذا في آخر الشتاء وفي مستقبل الصيف إلى أن ييبس البقل يعني: العشب ، وإذا حلف لا يكلمه الخريف فهو فصل ما بين الصيف والشتاء.

وقال خلف بن أيوب: سألت محمداً عن رجل حلف لا يكلم رجلاً إلى الموسم ، قال: يكلمه إذا أصبح يوم النحر ؛ وذلك لأنه أول الموسم.

وقال أبو يوسف: يكلمه إذا زالت الشمس من يوم عرفة: لأنه قد فرغ [مِن] ركن الحج في هذا الوقت ، وقال عمرو عن محمد: غُرّة الشهر ورأس الشهر: أول

(١) في ب (سبعة) ، والمثبت من أ.

ليلة ويومها، وأوله: إلىٰ ما دون النصف، وآخره إذا مضىٰ خمسة عشر.

وقد روي عن أبي يوسف فيمن قال: لله عليَّ أن أصوم أول يوم من آخر الشهر، وآخر يوم من أول الشهر، فعليه صوم يوم خامس عشر وسادس عشر، لأن الخامس عشر آخر أوله، وسادس عشر أول آخره[1].



(١) انظر: الجامع الكبير ص ٦٢، ٦٤؛ الأصل ٢/٣٤٨ وما بعدها.

بَابُ
الحلف على كلام أحد الرجلين أو أحد الوقتين



قال أبو الحسن: وإذا قال الرجل: والله لا أكلم فلاناً أو فلاناً، أو قال والله لا أكلم فلاناً ولا فلاناً، فكلم أحدهما حنث؛ لأن لفظة (أو) إذا دخلت بين [نفيين][1] تناولت كل واحد منهما على الانفراد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا﴾ [الإنسان: ٢٤] ولفظة (لا) إذا دخلت بين نفيين تناولت كل واحد منهما قال الله تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي ٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧] قال: فإن قال: والله لا أكلم فلاناً وفلاناً لم يحنث حتى يكلمهما؛ لأن الواو للجمع، فكأنه قال: لا أكلمهما، واليمين إذا تعلقت بشرطين لم يحنث بأحدهما، فإن قال: والله لا أكلم فلاناً وفلاناً أو فلاناً، فإن كَلَّم أحد الأولين لم يحنث ما لم [يكلِّمهما جميعًا]، وإن كَلَّم الثالث [ولم يكَلِّمْ أحد الأولين] حنث؛ وذلك لأنه منع نفسه من كلام الأولين أو الثالث، فأيّ الأمرين فعل حنث، وإن قال: والله لا أكلم هذا [أو] هذا وهذا، فإن كلم الأول حنث، وإن كلم أحد الآخرين لم يحنث؛ وذلك لأنه خير نفسه بين الأول والآخرين



---

(١) في ب (شيئين)، والمثبت من أ.

بَابُ
الإشارة والخبر والإظهار والإفشاء والكلام وما في معنى ذلك



قال أبو الحسن: وإذا قال الرجل: عبده حر إن أظهر سرك لفلان أو أفشى سرك لفلان، أو حلف ليكتمنّ سره أو ليسترنه أو ليخفينه، وكتب إلى فلان بذلك فانتهى إليه الكتاب، أو بكلام أو برسالة، أو سأله فلان عن ذلك، فقال: أكان من الأمر، فأشار الحالف برأسه أي: نعم، فهو حانث؛ لأن الغرض بهذه اليمين الامتناع من إظهار السر، وذلك يظهر بالكتابة والإشارة والرسالة، كما يظهر [٢٨٢/أ] بالكلام، فوقعت اليمين على جميع ذلك.

قال محمد: فإن كان ينوي الكلام [بالكتابة][١] دون الإيماء ديّن في ذلك؛ وذلك لأن الإخفاء والكتمان إذا كان يزول بالكلام والإشارة، فقد خصص ما في لفظه، فيدين فيما بينه وبين الله تعالى.

قال: ولو حلف لا يعلم فلاناً بمكان فلان، فقال له المحلوف عليه: أفلان في موضع كذا[٢] فأومأ برأسه أي نعم، وهو في ذلك الموضع فهو حانث؛ لأن الإعلام هو أن يفعل ما يقع لفلان به العلم الظاهر، وليس المراد به حقيقة العلم، وذلك يحصل بالإشارة، فإن نوى الخبر بالكتاب أو الكلام دُيّن على ما قدمنا، ولو كان [مكان] الإعلام في هذه المسألة الإخبار، لم يحنث إلا بكتاب أو رسالة

(١) في ب (والكتاب)، والمثبت من أ.

(٢) في أ زيادة (وكذا).




أو كلام، ولا يحنث بالإيماء؛ لأن الخبر ما يحتمل الصدق والكذب، وذلك لا يوجد في الإشارة، فإن عنىٰ أن لا يخبره بالإيماء ولا غيره، حنث إن أومأ؛ لأنه شدَّدَ علىٰ نفسه في نيته.

قال: ولو حلف لا يخبره بمكان فلان، فذهب به حتىٰ أوقفه علىٰ رأس فلان وأشار إليه ولم يخبره بكلام، لم يحنث، لما بينا أن الإشارة ليست بخبر.

قال: ولو حلف لا يتكلم بسر فلان ولا بمكانه، فكتب أو أشار لم يحنث؛ لأن الكتابة والإشارة ليست بكلام وإنما تقوم مقامه، ألا ترىٰ أن الله تعالىٰ أنفذ إلينا كتاباً وليس بمكلم لنا، قال: فإن سئل عنه، فقال: نعم، فقد تكلم؛ لأن نعم لا تستقل [كلامًا] بنفسها، والسؤال مضمر فيها، فقد أتىٰ بكلام يدل علىٰ المراد.

قال: ولو حلف علىٰ شيء مما قدمت لك، فقيل للحالف أما فلان [إنا نذكر][1] أمكنة أو أشياء من الأسرار، فإن لم تتكلم بمكان فلان ولا بسره فقل لنا: ليس [كما تقولون][2]، وإن تكلمنا بسره أو بمكانه فاسكت ولا تقل شيئاً! فقال: نعم، فذكر له أشياء من الأماكن أو الأسرار، فقال: ليس كما تقولون، ثم ذكر له السر بعينه أو المكان بعينه فسكت، فليس هذا بإظهار ولا إفشاء ولا إعلام، ولا يحنث في شيء مما وصفت لك، وكذلك لو حلف لا يدلهم [ففعل][3] مثل ذلك، فليس هذا بدلالة؛ لأن الحالف حلف علىٰ فعل نفسه، ولم يوجد منه فعل الإفشاء ولا الإظهار ولا الدلالة وإنما استدلوا هم، ويمينه لا تتناول فعلهم.

---

(١) الزيادة من أ؛ وفي البدائع (نَعُدُّ عليك) ٨/١١٨.

(٢) في ب (كذلك)، والمثبت من أ.

(٣) في ب (بفعل)، والمثبت من أ.

ولو أومأ برأسه أو أشار إليهم كانت هذه دلالة، إلا أن يعني[1] بالدلالة الخبر باللسان أو بالكتاب، فيكون على ما عنى؛ وذلك لأن الدلالة تتناول الأفعال كما تتناول الأقوال، ألا ترى أن أفعال الله تعالى دلالة عليه، وقوله دليل على الأحكام، فحمل لفظ الدلالة عليهما، فإن نوى أحدهما فقد خصص ما في لفظه.

قال: والبشارة مثل الخبر؛ لأنها خبر [٢٨٢/ب] بصفة وهو ما يتغير عنده بشرة الوجه، فلا يتناول إلا الكلام أو الكتاب[2].

قال: وكذلك [الإقرار] لو حلف لا يقر لفلان بحق، فهو مثل الخبر، ولا يحنث بالإشارة؛ لأن الإقرار خبر عن الماضي أو الحال.

قال: ولو حلف: والله لا أستخدم فلانة، فاستخدمها بكلام أو أمرها بشيء من الخدمة[3] أو أشار إليها بالخدمة إشارة، أو أومأ إليها، فقد استخدمها وهو حانث؛ لأن الاستخدام استدعاء الخدمة، فكُلُّ فعل يستجلب به خدمتها فهو استخدام ويحنث به.

قال: فإن كانت هذه الأيمان كلها وهو صحيح ثم خرس، فصار لا يقدر على الكلام، كانت [أيمانه] في هذا كله على الإشارة والكتابة في جميع ما وصفت لك، إلا في خصلة، أن تقول: لا أتكلم بسر فلان، فلا يحنث حتى يتكلم؛ وذلك لأن الكلام من [العِباد] حروف منظومة تدل على معنى، وذلك لا يوجد في الإشارة، فأما الخبر والإفشاء والإظهار فلا يوجد في الأخرس إلا

---

(١) في أ (ينوي).

(٢) انظر: الأصل، ٢/٣٥٣.

(٣) في أ (من خدمته).

بالإشارة فحنث بها.

قال: وكل شيء من هذا حنثناه فيه بالإشارة والإيماء، فقال: أشرت أو أومأت وأنا لا أريد الذي حلفت عليه، فإن كان فعل ذلك جواباً لشيء مما سئل عنه مما حلف عليه، لم يصدق في القضاء؛ وذلك لأن الإشارة فيها احتمال، فإن كانت هناك دلالة حالٍ، زال الاحتمال، وإن لم تكن رجع إلىٰ نيته.

قال: وإذا قال: والله لا أعلّمه، أو لا أَبَشِّرُهُ، أو لا أخبره، فكتب إليه بذلك، أو أرسل رسولاً، فإنه يحنث في ذلك؛ لأن الله تعالىٰ قال: ﴿فَبَشَّرْنَٰهُ بِغُلَٰمٍ حَلِيمٍ﴾ [الصافات: ١٠١] وإنما أرسل إليه بذلك، وقد أخبرنا الله تعالىٰ عن الأمم الماضية بالكتاب، فدل علىٰ أنه بشارة وخبر، وكذلك أعلمنا به الأحكام، فدل علىٰ أن الكتاب[١] إعلام.

وقال ابن سماعة في نوادره عن محمد فيمن قال: والله لا أقول لفلان كذا، قال: فهو عندي مثل الخبر والبِشارة، ألا ترىٰ أن رجلاً لو قال: والله لا أقول لفلان صَبَّحَكَ الله بخير ثم أرسل إليه رسولاً فقال: قل لفلان يقول لك فلان: صَبَّحك الله بخير، فإنه حانث، ألا ترىٰ أن القائل هو المرسل، وأن الرسول غير قائل ذلك لفلان، [لو كان هو][٢] الذي حلف عليه لم يحنث، ألا ترىٰ أن الرجل يقول: قال الله تعالىٰ لنا في كتابه كذا، فأما إذا قال والله لا أكلم فلاناً بهذا الأمر، فهذا علىٰ الكلام بعينه، لا يحنث بكتاب ولا رسول، ألا ترىٰ أنك لا تقول كلمنا الله تعالىٰ بكذا.

وقال في الأصل: إذا قال: أيّ غلماني حدثني فهو علىٰ المشافهة؛ لأن ما

---

(١) في أ (أن بالكتاب يكون إعلام).
(٢) في ب (أو كان هذا).

سوىٰ الكلام ليس بحديث.

وقال في الأصل: إذا قال أيّ عبيدي بَشَّرني بكذا فهو حر فبشَّرُوه [٢٨٣/أ] جميعاً عُتِقُوا؛ لأن كلَّ واحد منهم مبشر، ألا ترىٰ أن كل واحد منهم أخبر بخير تغيرت عنده بشرة الوجه، [قال الله تعالىٰ: ﴿فَبَشَّرْنَٰهُ بِغُلَٰمٍ حَلِيمٍ﴾ [الصافات: ١٠١]،] ولو بشره واحد بعد واحد لم يعتق الثاني؛ لأنه مخبر وليس بمبشر؛ لأن البشرة لا تتغير عند خبره.

فإن أرسل إليه أحدهم رسولاً فقال الرسول: إن عبدك فلان يخبرك بكذا، عُتِقَ العبد؛ لأن المرسل هو المبشر، وإن أخبره الرسول ولم يضف ذلك إلىٰ العبد، لم يعتق العبد؛ لأنه لا تعلق له بالخبر(١).

وقال هشام: أخبرني محمد قال: سألني هارونُ أمير المؤمنين عن إنسان حلف لا يكتب إلىٰ فلان فأمر غيره فكتب، فقلت له: أما إذا كان سلطاناً يأمر بالكتاب ولا يكاد هو يكتب، فإنه يحنث.

وهذا صحيح؛ لأنه إذا كان لا يباشر الكتابة فيمينه علىٰ الغالب من حاله وهو الأمر.

قال هشام: قلت لمحمد: فما تقول إذا حلف لا يقرأ لفلان كتاباً، فنظر في كتابه حتىٰ أتىٰ علىٰ آخره، وفهمه ولم ينطق به. قال: سأل هارون أبا يوسف وقد كان ابتلي بذلك، فقال: لا يحنث، قال محمد: ولا أرىٰ أن ذلك، ثم ندم محمد فقال: لا أقول فيه شيئاً.

---

(١) انظر: الأصل ٢/٣٥٣.

وقال هشام في توضيح آخر، قال محمد: زعم أبو يوسف أنه لم يقرأه [وأنا بريءٌ من ذلك][(١)].

وقد روى خلف بن أيوب، وداود بن رشيد، وابن رستم عن محمد: أنه يحنث.

وحكىٰ ابن رستم عنه قال: قال أبو يوسف يقرأ في نفسه ولا يتكلم بلسانه، قال محمد: هو حانث؛ لأن معاني كلام الناس هكذا.

لأبي يوسف: أن القراءة ليست عبارة عن التفكر، وإنما هي تحريك اللسان بالحروف، ألا ترىٰ أن الله تعالىٰ أوجب علينا القراءة في الصلاة، فلو لم نحرك بها ألسنتنا لم يجز، وقد أجمعوا: أنه لو حلف لا يقرأ سورة من القرآن فنظر فيها ولم يحرك لسانه، لم يحنث.

لمحمد: أن اليمين محمولة علىٰ العادة، وفي العادة إنما يراد بهذه اليمين الامتناع من الوقوف علىٰ ما في الكتاب، فحنث بذلك، وليس كذلك اليمين علىٰ قراءة القرآن؛ لأن الغرض من قراءته الثواب، وذلك يكون بتحريك اللسان.

وقال هشام عن محمد: إذا قرأ الكتاب إلا سطراً، قال: كأنه قرأه، قال: قلت: فإن قرأ نصفه؟ قال: [لا][(٢)]، يعني: لم يقرأه.

قال محمد: إذا قرأ المعاني يعني: التي يحتاج إليها، فكأنه قد قرأه؛ لأن الغرض الوقوف علىٰ ما فيه.

قال: وإذا حلف لا يقرأ سورة، [فقرأها] وترك منها [نحو] الحرف حنث،

---

(١) في ب (وإن أمر حتىٰ يقرأ)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (لأنه)، والمثبت من أ.

وإذا كان كآية طويلة لم يحنث ؛ لأن ترك الحرف لا يغير معنىٰ السورة .

وقال ابن رستم عن محمد : [قال] : لا أبلغك مثل لا أخبرك ، وكذلك [لا] أذكرك بشيء ، [ولا أذكر لك][1] شيئاً ، فإنه يحنث في الكتاب .

قال : [٢٨٣/ب] الذكر والإخبار والإعلام والإبلاغ علىٰ الكتاب ، والقول والكلام علىٰ الكلام ، قال عمرو : سألت محمداً : عن رجل حلف لا يتمثل بشعر فتمثل بنصف بيت ، قال : لا يحنث ، [قال] قلت : فإن كان نصف البيت بيتاً من شعر آخر ، قال : لا أدري ما هذا ، لا يحنث ؛ لأن الشعر ما ظهر فيه النظم ، وذلك لا يكون إلا في بيت[2] .

قال : وسألت محمداً : عن رجل فارسي حلف أن[3] يقرأ (الْحَمْدُ) بالعربية فقرأها فلحن ، فقال : لا يحنث ، وإن حلف رجل فصيح أن[4] يقرأ (الحمد) بالعربية ، فقرأها فلحن حنث ؛ إذا لم يكن لأحدهما [نيّة] ؛ لأن [العربي][5] إنما أراد بيمينه أن يقرأ بموضوع العرب ، وذلك المُعَرَّب دون الملحون ، فأما [العجمي][6] فإنما يريد اللغة العربية دون العجمية والملحون يعد من العربية[7] .



(١) في ب (أو أذكرك) ، والمثبت من أ .
(٢) هنا عبارة (هذا لا يكون إلا في بيت) مكررة في أ .
(٣) في أ في الموضعين هنا (لا) بالنفي .
(٤) في أ في الموضعين هنا (لا) بالنفي .
(٥) في ب (العجمي) والمثبت من أ .
(٦) في ب (العربي) ، والمثبت من أ . هكذا النص في البدائع ، ٥٥/٣ ، ٥٦ . والسياق يدل علىٰ صحة ذلك .
(٧) انظر : الأصل ٣٥٣/٢ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٣٥/٧ وما بعدها .

بَابُ
الحلف على الدخول



[٢٨٣/ب] قال أبو الحسن: إذا حلفَ الرجل لا يدخل داراً أو بيتاً أو مسجداً أو حماماً، فالدخول هو: الانفصال من خارج ذلك الشيء إلىٰ داخله، وليس المكث فيه دخولاً.

لو حلف لا يدخل داراً وهو فيها، فمكث فيها بعد يمينه، لم يحنث، ألا ترىٰ أنه لو دَخَل الدار يومَ الخميس فمكث فيها إلىٰ يوم الجمعة فقال: والله ما دخلت هذه الدار يوم الجمعة، وإنما دخلتها يوم الخميس، بَرَّ في يمينه.

والأصل في ذلك: أن الدخول ما ذكر من الانفصال من خارجه إلىٰ داخله، والبقاء علىٰ الدخول لا يسمىٰ دخولاً، ألا ترىٰ أنك لا تقول: دخلتها يوماً، ولو كان البقاء يسمىٰ باسم الابتداء جاز أن يضاف إلىٰ الوقت الممتد، ألا ترىٰ أن البقاء علىٰ الركوب لما سُمِّي ركوباً، والبقاء علىٰ اللبس لما سُمي لبساً، جاز أن يقول: ركبت يومًا ولَبِسْتُ يوماً.

قال: وسواء دخلها راكباً أو ماشياً أو محمولاً بأمره؛ وذلك لأن اسم الدخول يتناول الجميع، وقد قالوا فيمن حلف لا يدخل، فأمر غيره فأدخله، حنث؛ لأن فعل الدخول بأمره، فصار كما لو دخلها راكباً، وأما إذا احتمله غيره فأدخله بغير أمره لم يحنث؛ لأنه ليس بداخل، وإنما هو مدخل.

وَروىٰ محمد بن أبي رجاء، عن محمد، عن أبي يوسف أنه قال: إذا احتمله

غيره وهو يهوىٰ ذلك، لم يحنث؛ لأنه ليس بفاعل للدخول، واليمين منعقدة علىٰ الفعل دون الإرادة.

واختلف أصحابنا المتأخرون إذا احتمله غيره وهو يقدر علىٰ الامتناع فلم يمتنع، فمنهم من قال: يحنث؛ لأنه لما لم يمتنع مع القدرة صار كأنه فعل الدخول، ومنهم من قال: لا يحنث، وهو الصحيح؛ لأنه ليس بداخل وإن كان ترك الممانعة.

قال: وسواء دخلها من بابها أو غيره؛ لأنه عقد [يمينه] علىٰ الدخول، فالباب وغيره سواء، فإن نزل إلىٰ سطحها حنث؛ لأن سطح الدار منها، ألا ترىٰ أن الدار ما أحاطت [٢٧٨/أ] به الدائرة.

قال: ولو قام علىٰ حائط من حيطانها حنث؛ لأن الحائط مما يدور عليه الدائرة، فهو كسطحها.

قال: ولو قام علىٰ ظُلَّة لها شارعة أو كنيف شارعة، فإن أبا يوسف قال: إن كانت الظلة مسكناً للدار المحلوف عليها حنث، يعني إذا كانت مفتوحة إليها؛ لأنها كبيت من بيوتها ومنسوبة إليها.

قال: فإن قام علىٰ أُسْكُفَّة(١) الباب تحت الطاق فهو علىٰ وجهين، إن كان الباب إذا أغلق كانت الأُسْكُفَّة خارجة منه، لم يحنث؛ لأنها خارج الدار، ألا ترىٰ أن الباب ينغلق علىٰ ما في الدار، وإن كان الباب إذا أغلق كانت الأُسْكُفَّة داخل الباب حنث، كما يحنث في سائر بقاع الدار.

---

(١) «الأُسْكُفَّة: عتبة الباب». المعجم الوجيز (سكف).




قال: وإن أدخل الحالف إحدىٰ رجليه ولم يدخل الأخرىٰ، لم يحنث؛ لأنا لو جعلناه داخلاً بإحدىٰ رجليه جعلناه خارجاً بالأخرىٰ، فلا يكون في وقت واحد داخلاً وخارجاً، وقد روي عن بريدة أنه كان مع النبي ﷺ في المسجد فقال له: «إني لأعلمك آية لم تنزل علىٰ نبي بعد سليمان بن داود» قال: فقلت: ما هي؟ فقال: «لا أخرج من المسجد حتىٰ أعلمكها» قال: فلما أخرج إحدىٰ رجليه قلت: لعله قد أنسِيَ، فقال: «بم تفتتح القراءة؟» فقلت: ببسم الله الرحمن الرحيم، فقال: «هي هي»[1]، فدل أنه لم يخرج بإخراج إحدىٰ رجليه، ومن المتأخرين من أصحابنا من قال: هذه المسألة [موضوعة] علىٰ أن داخل الدار وخارجها سطح واحد، فإن كانت الدار منهبطة فأدخل إليها إحدىٰ رجليه حنث؛ لأن أكثره حصل فيها.

قال: وإن أدخل رأسه ولم يدخل قدميه، لم يحنث، وكذلك إن تناول منها شيئاً بيده، لم يحنث؛ وذلك لأن هذا ليس بدخول، ألا ترىٰ أن السارق إذا فعله بيده، [لم يجب عليه القطع][2].

قال: وإذا حلف لا يدخل داراً، فدخل خرابًا قد كان داراً فذهب بناؤها، لم يحنث.

ولو قال: لا أدخل هذه الدار، فذهب بناؤها بعد يمينه ثم دخلها، حنث في قولهم، وهذا علىٰ ما قدمنا أن اليمين المطلقة يعتبر فيها الصفة المعتادة، وإذا

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ وقال: «إسناده ضعيف» ١٠/٦٢؛ والدارقطني في سننه، ١/٣١٠؛ وقال الذهبي: «في سنده سلمة بن صالح الأحمر، واه» تنقيح التحقيق في أحاديث التحقيق ١/١٤٥.

(٢) في ب (لم يقطع)، والمثبت من أ.

تعلقت بعين يعتبر فيها بقاء الاسم، والدار الخراب تسمىٰ داراً.

وقال أبو يوسف: إذا قال: والله لا أدخل هذا المسجد، فهدم فصار صحراء ثم دخله، فإنه يحنث، قال: وهو مسجد وإن لم يكن مبيناً؛ وذلك لأن المسجد عبارة عن موضع السجود، وذلك موجود في الخراب.

ولو حلف: لا يدخل هذا البيت أو بيتاً، فدخله ولا بناء فيه، لم يحنث؛ لما قدمنا أن البيت اسم للبناء [المبني المسقف]؛ ولهذا[1] تسمي العرب الأخبية بيوتاً، فإذا زال البناء زال الاسم.

قال: فإن دخل مسجداً، أو بيعة، أو كنيسة، أو بيت نار، أو دخل الكعبة، أو حماماً، أو دهليزاً، [٢٧٨/ب] أو ظلة باب دار، لم يحنث؛ وذلك لأن المساجد لا تسمىٰ بيوتاً، والمعتبر في الأعيان الاسم المعتاد، ولا يقال: إن الله تعالىٰ سماها بيوتاً في قوله تعالىٰ: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرۡفَعَ﴾ [النور: ٣٦]؛ لأن المعتبر في الأيمان بالاسم المعتاد دون تسمية القرآن.

قال: ولو دخل صُفَّةً حنث، وهذا علىٰ عادة أهل الكوفة؛ لأن الصفة عندهم بيت بصفة: وهو الذي يسمىٰ ببغداد بيت الجاري يسمونه بالكوفة صفة مُجَنَّحة، وإذا كان بيتاً عندهم حنث، فأما الصفة المعروفة في البلاد فلا يحنث بدخولها؛ لأنها لا تسمىٰ بيتاً.

قال: ولو حلف لا يدخل صُفَّةً فدخل بيتاً لم يحنث؛ لأن الصفة عندهم بيت بصفة، فلا يحنث فيما لا يوجد فيه تلك الصِّفَةِ[2].

---

(١) في أ (لا تسمىٰ).

(٢) شرح مختصر الطحاوي ٧/٤٣٤، ٤٣٥.

قال أبو يوسف: فإن حلف لا يدخل من باب هذه الدار أبداً، فدخل من غير الباب لم يحنث؛ وذلك لأنه حلف على عين[1] بصفة، وهو دخولها من الباب.

قال: فإن نقب للدار باب آخر، فإن أراد أن يدخل منه فاليمين على وجوه ثلاثة: إن قال: من هذا الباب لم يحنث بالدخول من المحدث؛ لأنه حلف على باب معين، فلا يحنث بغيره.

وإن قال: من باب الدار وعنى ذلك الباب، دُيّن فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يديّن في القضاء؛ لأنه حلف على باب [مضاف إلى الدار][2]، وذلك عام في الموجود والمحدث، فإذا نوى أحدهما فقد خصص ما في لفظه، وإن لم يكن له نية فدخل من الباب المحدث حنث؛ لأنه باب مضاف إلى الدار كالباب الأصلي.

قال هشام: سألت محمداً عن رجل حلف لا يدخل لفلان داراً أو حانوتاً، فدخل داراً أو حانوتاً لفلان، والساكن فيه غير فلان المحلوف عليه، قال محمد: يحنث، إلا أن يقول: الدار أو الحانوت الذي فيه فلان؛ وذلك لأنه حلف على دار يملكها فلان، وذلك موجود فيما يسكنه وفيما لا يسكنه.

قلت: فإن حلف لا يدخل دار فلان ولا حانوته، قال: هل كان قبل هذا كلام؟ قلت: لا، قال: محمد: فإن هذا على داره التي يسكنها كانت له أو كان فيها ساكناً، فأما الحانوت فإن كان للمحلوف عليه حانوت هو فيه فهو كقوله: لا أدخل حانوتاً لك، وهذه المسألة قد بيّناها فيما مضى، وذكرنا أنه عقد على دار تضاف إلى فلان، وذلك موجود في إضافة السكنى، وذكرنا في الحانوت أن فلاناً

---

(١) في أ (يمين).

(٢) في ب (معتاد للدار) والمثبت من أ.

إن كان ممن يسكن الحوانيت فهو علىٰ ما يسكنه، وإن كان ممن لا يسكن فهو علىٰ ما يملكه.

قال: وإن حلف لا يدخل دار فلان، فدخل داراً بين فلان وبين آخر، فإن كان فلان فيها ساكناً حنث، وإن لم يكن ساكناً لم يحنث؛ لأنه إذا كان ساكناً [أضيفت](١) إليه وإن لم يملك [٢٧٩/أ] نصفها، فإذا ملك أولىٰ، فإذا كان لا يسكنها فالدار مضافة إليهما، فلا يحنث بدخولها.

قال: فإن حلف لا يزرع أرض فلان، فزرع أرضاً بين فلان وبين آخر حنث؛ لأن كل جزء من الأرض يسمىٰ أرضاً، ولبعض الدار لا يسمىٰ داراً.

قال هشام: قلت لمحمد: فإن حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية له، فدخل داره وفلان فيها ساكن، قال: لا يحنث، حتىٰ يدخل البيت، فإن كانت نيته أن لا يدخل بيته، يعني مسكنه قال: يحنث؛ وذلك لأن البيت عبارة عن موضع المبيت، وذلك لا يوجد في صحن الدار، فإن نواه فقد شدد علىٰ نفسه.

وقال ابن رستم: قال محمد في رجل حلف لا يدخل دار رجل بعينه مثل دار عمرو بن حريث وغيرها من الدور المشهورة (بأربابها، فدخل الرجل، وقد كان باعها عمرو بن حريث أو غيره) ممن تنسب قبل اليمين إليه، ثم دخلها الحالف بعد ذلك، حنث؛ لأن الدار المشهورة تضاف إلىٰ أربابها علىٰ طريق النسبة لا علىٰ طريق الملك، فزوال الملك لا يوجب زوال اليمين.

قال: وإن كانت هذه اليمين علىٰ دار من هذه الدور التي ليست لها نسبة

---

(١) في ب (انصرف) والمثبت من أ.

تعرف بها، لم يحنث في يمينه؛ لأن الإضافة هاهنا يراد بها الملك دون النسبة، فإذا زال الملك زالت الإضافة.

وقال ابن رستم، عن محمد في رجل حلف لا يدخل هذه الحجرة فكسرت الحجرة فدخلها، قال: لا يحنث، وليست الحجرة كالدار؛ لأن الحجرة اسم لما حجر بالبناء، فهي كالبيت، فإذا انهدمت زال الاسم.

وقال ابن رستم، عن محمد في رجل حلف لا يدخل دار فلان، فصعد السطح، قال: يحنث، إلا أن يكون نوىٰ صحن الدار، فلا يحنث فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ وذلك لأنهم قد يذكرون الدار ويريدون الصحن دون غيره، فقد نوىٰ ما يحتمله كلامه.

ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فصعد فوقه حنث؛ لأن سطح المسجد منه، ولهذا لا يبطل الاعتكاف بانتقال المعتكف إليه، فإن كان فوق المسجد مسكن فلا يحنث؛ لأن ذلك ليس بمسجد، ولو انتقل المعتكف إليه بطل الاعتكاف بانتقاله إليه.

٢٢٤٩ - ونوع آخر من الدخول: [دخول الدار مجتازًا]

قال أبو الحسن: وإذا حلف [الرجل] لا يدخل هذه الدار إلا مجتازاً، فإن ابن سماعة روىٰ عن أبي يوسف: أنه إن دخل وهو لا يريد الجلوس، فإنه لا يحنث؛ لأنه عقد علىٰ كل دخول واستثنىٰ دخولاً بصفة، وهو ما يقصد به الاجتياز، وقد حصل ذلك، فلم يحنث.

قال: فإن دخل يعود مريضاً ومن رأيه الجلوس عنده، حنث؛ لأنه دخل

على غير الصفة المستثناة، فإن دخل لا يريد الجلوس ثم بدا له بعد ما دخل فجلس، لم يحنث؛ لأنه لم يحنث بدخوله [٢٧٩/ب]، فإذا بدا له بعد ذلك، فلم توجد الصفة المحلوف عليها؛ لأن البقاء على الدخول ليس بدخول، فلا يحنث به.

وقال في الأصل: إذا حلف لا يدخل هذه الدار إلا عابر سبيل، فدخلها ليقعد فيها أو ليعود مريضاً فيها أو ليطعم فيها، ولم يكن له نية حين حلف، فإنه يحنث، ولكن إن دخلها مجتازاً ثم بدا له فقعد فيها، لم يحنث؛ لأن عابر سبيل هو المجتاز، فإذا دخلها لغير اجتياز حنث.

قال: إلا أن ينوي لا يدخلها يريد النزول فيها، فإن نوى ذلك فإنه يسعه؛ لأنه قد يقال: دخلت عابر سبيل بمعنى لم أدم على الدخول، ولم أستقر، وقد نوى ما يحتمله كلامه.

وقال هشام، عن محمد، عن أبي حنيفة: في رجل حلف لا يطأ هذه الدار بقدمه فدخلها راكباً، قال: يحنث؛ لأن هذا إنما هو على الدخول، وكذلك قال أبو يوسف ومحمد؛ وذلك لأن المراد باليمين ليس هو مباشرة قدمه الأرض، ألا ترى أنه لو كان في رجله حذاء نعل حنث، فعلم أن المراد [به] الدخول.

وقال ابن سماعة، عن محمد: في رجل حلف إن وضع قدمه في هذه الدار فعبده حر، فدخلها راكباً فإنه يعتق، وهو قول أبي حنيفة؛ وهذا لما بينا، فإن كان نوى أن لا يضع قدمه ماشياً فهو على ما نوى؛ لأنه نوى حقيقة كلامه [في الأصل][(١)].

---

(١) الزيادة من أ.




وقال في الأصل: إن دخلها راكباً أو ماشياً عليه حذاء أو لا حذاء عليه، فإنه يحنث، وهذا على ما بيّنا[1].

٢٢٥٠ـ ومما يلحق بمسائل هذا الباب: [دخول حانوت من حلف لا بدخل دار فلان]

ما روى هشام، عن أبي يوسف: فيمن حلف لا يدخل دار فلان فدخل حانوتاً مشرعاً من هذه الدار إلى الطريق، وليس له باب في الدار، فإنه يحنث؛ لأنه من جملة ما أحاطت به الدائرة.

قال هشام: وسألت أبا يوسف: إن دخل بستاناً في تلك الدار؟ قال: لا يحنث، وهذا محمول على بستان متصل بالدار، وأما إذا كان في وَسَطها فإنه يحنث بدخوله؛ لأنه مما أحاطت به الدائرة، هكذا روي عن محمد.

وقال ابن سماعة، عن محمد في نوادره: في رجل حلف لا يدخل دار فلان فحفر سَرَباً[2] فبلغ داره، وحفر تحت دار فلان حتى جاوزها، فدخل الحالف ذلك السَّرَب ومضى فيه تحت دار فلان، قال: لا يحنث، إلا أن يكون من هذه القناة مكان مكشوف إلى الدار يستقي منه أهل الدار، فدخل الحالف القناة وبلغ ذلك المكشوف، فإنه يحنث، وإن لم يبلغه لا يحنث، ولو كان المكشوف [شيئًا] قليلاً لا ينتفع به أهل الدار وإنما هو للضوء فمر الحالف بالقناة حتى بلغ ذلك الموضع فليس بحانث؛ وذلك لأن القناة تحت الدار إذا لم يكن منها منفذ لم يُعَدّ

(١) انظر: الأصل ٢/٣٠٦ ـ ٣٠٨.

(٢) «السَّرَب ـ بفتحتين ـ: بيت في الأرض، فإن كان له منفذ، سُمّيَ: نَفَقًا». كما في المغرب (سرب)؛ وفي المعجم الوجيز: «السَّرَب: حفير تحت الأرض لا منفذ له». (سرب).

من الدار ، ألا ترىٰ أن المقصود [٢٨٠/أ][(١)] بدخول داره إمّا لكرامة أو هتك حرمة ، وذلك لا يوجد فيما لا منفذ منه ، فإن كان هناك منفذ يستسقىٰ منه الماء فبلغ إليه فهو كمن دخل في بئر في داره ، وإن كان لا ينتفع به إلا للضوء لم يصر داخلاً في الدار ، فلا يحنث .

قال: ولو اتخذ فلان سَرَباً تحت داره وجعله بيوتاً ، وجعل لها أبواباً إلىٰ الطريق ، فدخلها رَجل قد حَلف لا يدخل دار فلان ، فإنه حانث ؛ وذلك لأن السَّرَبَ تحت الدار من بيوتها .

قال: ولو عمد فلان إلىٰ بيت من داره أو بيتين فسَدَّ أبوابها من [قِبَل] داره ، وجعل أبوابها إلىٰ دار الحالف علىٰ دخول الدار ، فدخل الحالف هذين البيتين ، فإنه لا يحنث ؛ لأنها صارت منسوبة إلىٰ [الدار] الأخرىٰ ، فلم يحنث بها .

وقال ابن سماعة [عن محمد]: في سِرْداب[(٢)] يكون بابه إلىٰ دار محتفرة في دار أخرىٰ: إنه من الدار التي مدخله إليها وبابه إليها ؛ وذلك لأنه بيت من بيوتها .

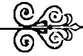
قال ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل حلف لا يدخل بغداد فانحدر من الموصل في سفينة فمَرَّ ببغداد ، قال: لا يحنث ، فإن خرج فمشىٰ علىٰ الجسر حنث ، وإن قدم إلىٰ الشَّطِّ ولم يخرج لم يحنث ، ولم يكن مقيماً إن كان أهله ببغداد ، وإن خرج إلىٰ الشط حنث .

وقال ابن سماعة عن محمد ، إذا انحدر في سفينة مِنَ الموصل إلىٰ البصرة

---

(١) ملاحظة: هنا بداية ل ٢٨٥ .

(٢) قال الفيومي: «السِّرْداب: المكان الضيّق يُدْخل فيه». المصباح (سردب) ؛ وفي المعجم الوجيز: «السِّرداب: بناء تحت الأرض يُلْجأ إليه من حر الصيف ، وجمعه سراديب». (سرد)

فمر في وَسَط الدِّجْلة، قال: هو حانث.

لأبي يوسف: أن دخول البلد يكون بالاستقرار فيه، وموضع الدجلة ليس بموضع الاستقرار، فلا يقصد بالدخول.

ومحمد يقول: إن الدجلة من البلد، ألا ترىٰ أنه لو عقد عليها جسراً كان من البلد، وكذلك إذا حصَل في هذا الموضع وهو في السفينة[(١)][(٢)].



(١) في أ (في ذلك الموضع في سفينة).
(٢) انظر: الأصل ٢/٣١٠، ٣١١؛ شرح مختصر الطحاوي ٧/٤٥٧.

بَابُ
الحلف على السكنى



قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يسكن هذه الدار [قال]: فالسكنى أن يسكنها بنفسه، وينقل إليها من متاعه ما يتأثث به ويستعمله في منزله، فإذا فعل ذلك فهو ساكن، وهو حانث [في يمينه]؛ وذلك لأن السكنى هي للكون في المكان على طريق الاستقرار والمداومة، وذلك يكون بما يسكن به في العادة، ألا ترى أن من جلس في المسجد وبات فيه لم يكن ساكناً للمسجد، ولو أقام فيه بما يتأثث به وصف بسكنى المسجد، فوجب اعتبار ذلك في اليمين.

قال: وإن كان فيها ساكناً وحلف لا يسكن فيها، فإنه لا يَبَرُّ حتى ينتقل عنها بنفسه وأهله وولده الذين معه، ومتاعه، ومن كان يأويها لخدمته والقيام بأمره في منزله، فإن لم يفعل ذلك و[لم] يأخذ في النقلة من ساعته وهي ممكنة، حنث.

والكلام في هذا في فصلين: أحدهما: أنه إذا حلف لا يسكن فانتقل بأهله ومتاعه في الحال، لم يحنث، وقال زفر: يحنث.

وعلى [٢٨٠/ب] هذا الخلاف، إذا حلف الراكب [أن لا يركب]، فنزل في الحال، وإذا حلف اللابس أن لا يلبس فنزع في الحال.

وجه قولهم: أن اليمين تعقد على ما يمكن الاحتراز منه، ولا تعقد على ما لا يمكن الاحتراز منه، ألا ترى أن الإنسان يحلف ليبر لا ليحنث، ومعلوم أن ما بين الحلف والنزول والانتقال لا يمكن الاحتراز منه، فكانت اليمين على ما سواه.

وجه قول زفر: أنه قد وجد عقيب اليمين جزءاً من السكنىٰ [وإن قلَّ] لو حصل [ذلك] من الحالف علىٰ السكنىٰ وليس هو في الدار، حنث، فكذلك إذا حصل ممن هو فيها.

والفصل الثاني: إذا انتقل بنفسه ولم ينقل متاعه وأهله، قال أصحابنا: يحنث، وقال الشافعي: لا يحنث(١).

لنا: أن السكنىٰ إنما تكون بما يسكن به [في] العادة علىٰ ما بيّنا، فإذا حلف علىٰ نفيها اقتضىٰ إزالة ما صار به ساكناً، فإذا لم يفعل حنث؛ لأن قوله: لا أسكن هذه الدار [أي: لا أسكنها] تنزُّهًا عنها وصيانة لنفسه وكراهة لها، وذلك مما يقصده الإنسان في أهله كما يقصده في نفسه، فكانت اليمين عليهما.

وقد تكلم الشافعي محتجاً في هذه المسألة [قال]: إذا خرجت من مكة وخلفت دفترات بها أفأكون ساكناً بمكة؟ وهذا غلط؛ لأن الدفاتر لا يسكن بها في البيوت، فبقاؤها لا يوجب بقاء السكنىٰ.

وعلىٰ أن من أصحابنا من قال: إذا حلف لا يسكن هذه الدار، فخرج منها وفيها أهله أو متاعه، حنث؛ لأنه يسمىٰ ساكناً، ألا ترىٰ أنه يقال للرجل وهو في السوق: أين تسكن؟ فيقول: في موضع كذا، فدل علىٰ أنه ساكن وإن لم يكن فيها.

قالوا: ومن حلف لا يسكن في بلد فخرج منه وترك أهله فيه لم يحنث، لأنه لا يقال لمن بالبصرة [أنه] ساكن بالكوفة، أما إذا انتقل بنفسه وأهله ومتاعه وترك

---

(١) انظر: مختصر المزني ص٢٩٣؛ رحمة الأمة ص٢٠٠.

من أثاثه شيئاً يسيراً ، فإن أبا حنيفة قال: يحنث ، وقال أبو يوسف: إذا كان المتاع المتروك لا يشغل بيتاً ولا بعض الدار ، لا يحنث ، [ولست أجد][1] في هذا حداً ، وإنما هو على الاستحسان ، وعلى ما يعرفه الناس.

وكان أصحابنا يقولون: معنى قول أبي حنيفة: إذا ترك شيئاً يسيراً ، يعني: ما يعتد به في التأثث ، ويسكن بمثله ، فأما إن خلف فيها وتداً أو مكنسة ، لم يحنث.

لأبي حنيفة: أن اليمين لما اقتضت خروجه من الدار وإخراج ما صار به ساكناً ، فمتى بقي منه شيء فلم يوجد شرط البر بكماله ، فحنث.

لأبي يوسف: أن اليسير من الأثاث غير معتد به ، ألا ترى أنه لا يسكن[2] بمثله ، فصار كالوتد.

٢٢٥١ ـ فَصْل: [الحنث إذا منع من التحول والخروج]

قال: فإن منع من التحول وأن يخرج بنفسه ، ومنعوا متاعه وأوثقوه وقهروه ، فإنه لا يحنث وإن أقام على ذلك أياماً ؛ وذلك لأن البقاء على السكنى يجري مجرى الابتداء ، ومعلوم أن من حلف [٢٨١/أ] لا يسكن هذه الدار ، فحمل إليها مكرهاً لم يحنث به ، وكذلك البقاء إذا كان بإكراه لم يحنث به ؛ لأنه ليس بساكن ، وإنما هو مسكن.

وقال محمد: إذا خرج من ساعته وخلف متاعه كله في المسكن فمكث في طلب منزل أياماً ثلاثاً[3] فلم يجد ما يستأجر ، وكان يمكن أن يخرج من المنزل

(١) في ب (وليست أحد) والمثبت من أ.
(٢) في أ (لا يصير ساكنًا).
(٣) في أ (قليلة).

أو يضع متاعه خارجاً من الدار، قال: لا يحنث؛ لأن هذا من عمل النَّقَلَةِ؛ وذلك لأن النقلة محمولة على العادة، والمعتاد أن ينتقل من منزل إلى منزل، فأما أن يلقي متاعه على الطريق فليس بمعتاد؛ ولأنه مادام في طلب المنزل فهو متشاغل بالانتقال، كما لو خرج يطلب من يحمل[1] رحله.

قال محمد: إن كان الساكن موسراً وله متاع كثير وهو يقدر على أن يستأجر من ينقل متاعه في يوم فلم يفعل، وجعل ينقل بنفسه الأول فالأول فمكث في ذلك سنة، قال: إذا كان النقل[2] لا يغير، فإنه لا يحنث؛ وذلك لأن الحنث يقع بالاستقرار في الدار، ومن تشاغل بالانتقال فليس بمستقر؛ ولأنه لا يلزمه الانتقال على أسرع الوجوه، ألا ترى أن الانتقال المعتاد لا يحنث به وإن كان غيره أسرع منه.

قال: فإن تحول ببدنه وقال ذلك أردت، وقد كان حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكن فيها فهو كما نوى؛ وذلك لأنه إذا حلف [لا يسكن هذه الدار][3] لم يكن ساكناً إلا بنفسه وأثاثه، فإذا قال: أردت السكنى بنفسي فقد شدد على نفسه.

قال: فإن كان الحلف [وُجد] وهو ساكن وقال: نويت الانتقال ببدني، دُيِّن فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يديّن في القضاء؛ لأنه نوى غير ظاهر كلامه، فلم يصدق في القضاء[4].

قال: وإذا كان رجل ساكناً مع رجل في دار، فحلف أحدهما لا يساكن

(١) في أ (ينقل).

(٢) في أ (النقلان).

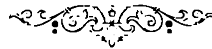
(٣) الزيادة من أ.

(٤) انظر: الأصل، ٣٠٢/٢ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٢٥/٧ وما بعدها.

صاحبه، فإن أخذ في النقلة وهي ممكنة على المكان وإلا حنث، والنقل على ما وصفنا لك إذا كان ساكناً في الدار فحلف لا يسكنها؛ وذلك لأن المساكنة أن يجمعهما منزل واحد، فإذا لم ينتقل في الحال فالبقاء على المساكنة مساكنة، فحنث.

قال: فإن وهب الحالف متاعه للمحلوف عليه، أو أودعه، أو أعارهُ ثم خرج في طلب منزل، فلم يجد منزلاً أياماً ولم يأت الدار التي فيها صاحبه، قال محمد: إن كان وهب المتاع وأقبضه منه وخرج من ساعته وليس من رأيه العود إليه، فليس بمساكن له، وكذلك إن أودعه المتاع ثم خرج لا يريد العود إلى ذلك المنزل، وكذلك العارية؛ لأنه إذا وهب المتاع وأقبضه وخرج، فليس بساكن بنفسه ولا بماله، وإذا أودعه فليس بساكن له، وإنما هو في يد المودَع، وكذلك إذا أعاره فلم يحنث.

قال: ولو كان له في الدار زوجة فأَرَادَها على الخروج، فأبت [٢٨١/ب] وامتنعت وحَرّض على خروجها واجتهد فلم [تخرج][١]، فإنه لا يحنث إذا كانت هذه حالها؛ وذلك لأنه لو بقي في الدار مكرهاً لم يحنث لعدم اختياره للسكنى، وإذا بقي فيها ما يسكن به بغير اختياره فهو كذلك.



(١) في ب (تفعل) والمثبت من أ.

بَابُ
السكنى في الأماكن



قال أبو الحسن: وإذا حلف الرجل لا يساكن فلاناً، فساكنه في دار أو بيت أو غرفة، حنث؛ وذلك لأن المساكنة هي القرب والاختلاط، فإذا سكنا في موضع يصلح للسكنى فقد وجد الفعل المحلوف عليه، فحنث.

قال: فإن ساكنه في دار، هذا في حجرة وهذا في حجرة، أو هذا في منزل وهذا في منزل، حنث، إلا أن تكون داراً كبيرة.

قال أبو يوسف: مثل دار الرقيق ونحوها، ودار الوليد بالكوفة، فإن هذا لا يحنث، وكذلك كل دار عظيمة فيها مقاصير ومنازل.

وقال هشام عن محمد: إذا حلف لا يساكن فلاناً ولم يسم داراً، فسكن هذا حجرة وهذا حجرة لم يحنث، إلا أن يساكنه في حجرة واحدة.

قال هشام: قلت [لمحمد]: فإن حلف لا يساكنه في هذه الدار فسكن هذا في حجرة منها وهذا حجرة، قال: يحنث.

لأبي يوسف: أن المساكنة هي الاختلاط والقرب، فإذا كانا في حجرتين في دار صغيرة فالقرب موجود، فهو كبيتين من دار، وإذا كانا في حجرتين من دار عظيمة، فالقرب لا يوجد، فهو كدارين في محلة.

لمحمد: أن الحجرتين المختلفتين كالدارين، بدلالة أن السارق من أحدهما

إذا نقل إلى الأخرى قطع، وليس كذلك إذا حلف لا يساكنه في دار؛ لأن اليمين على أن يجمعهما دار واحدة، وقد جمعهما، وإن كانا في حجرها.

فأما إذا سكن هذا في بيت من دار وهذا في بيت، وقد حلف لا يساكنه ولم يسم داراً، حنث في قولهم؛ لأن بيوت الدار الواحدة كالبيت الواحد، ألا ترى أن السارق إذا نقل من أحد البيتين إلى الآخر [لم][1] يقطع.

وقال أبو يوسف: فإن ساكنه في حانوت في السوق يعملان فيه عملاً أو يبيعان تجارة، فإنه لا يحنث، وإنما اليمين على المنازل التي إليها المأوى وفيها الأهل والعيال، وأما حوانيت البيع والعمل فليس اليمين عليها، إلا أن ينويها أو يكون كلامٌ بينهما قبل اليمين يدل عليها، فتكون اليمين على ما تقدم من كلامهما ومعانيهما[2]؛ وذلك لأن السكنى عبارة عن المكان الذي يأوي إليه الناس في العادة، ألا ترى أنه لا يقال: فلان يسكن السوق وإن كان يتجر فيها، فإن جعل السوق مأواه قيل إنه يسكن السوق، فإن كان هناك دلالة تدل على أنه أراد باليمين ترك المساكنة في السوق، حملت اليمين على [٢٨٢/أ] ذلك، فإن لم يكن هناك دلالة[3] فقال: نويت المساكنة في السوق أيضاً، فقد شدَّدَ على نفسه.

قال: وإذا حلف لا يساكن فلاناً بالكوفة، ولا نية له، فسكن أحدهما في دار والآخر في دار أخرى في قبيلة واحدة، أو محلة واحدة، أو درب، فإنه لا يحنث، حتى يجمعهما السكنى في دار؛ وذلك لأن المساكنة هي المقارنة[4]

(١) الزيادة من أ.
(٢) في أ (على ما يقع من كلامهما ومقاصدهما).
(٣) في أ (نية).
(٤) في أ (المعاونة).




والمخالطة، وذلك لا يوجد إذا كانا في دارين، فأما ذكر الكوفة فلتخصيص اليمين لها، حتىٰ لا يحنث بمساكنته في غيرها.

فإن قال: نويت أن لا أسكن الكوفة والمحلوف عليه بالكوفة، حنث؛ لأنه شدد علىٰ نفسه، وكذلك إن حلف لا يساكنه في الدنيا، فاليمين علىٰ المساكنة في دار واحدة علىٰ ما بيّنا.

قال: ولو أن مَلّاحاً حلف لا يساكن فلاناً، فساكنه في سفينة مع كل واحد منهما أهله ومتاعه واتخذها منزلاً، فإنه يحنث، وكذلك أهل البادية إذا جمعهم خيمة، فإن تفرقت الخيام لم يحنث وإن تقاربت؛ لأن السكنىٰ محمولة علىٰ العادة، وعادة الملاحين السكنىٰ في السفن، وعادَة البادية السكنىٰ في الأخبية[١]، فيحمل يمنيهم علىٰ عادتهم[٢].



(١) في أ (الخيام).

(٢) انظر: الأصل ٢/٣٠٢ وما بعدها.

بَابُ
[الحلف بالإيواء] والبيتوتة

قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يأوي[١] مع فلان أو لا يأوي في مكان، أو دار، أو بيت، فالإيواء: الكون ماكثاً في مكان، ومع فلان في مكان قليلاً كان المكث أو كثيراً، ليلاً كان أو نهاراً، وهو قول أبي يوسف الأخير وقول محمد إلا أن يكون نوى أكثر من ذلك يومًا أو أكثر، فيكون على ما نوى.

روى هذا ابن رستم: في رجل حلف بالطلاق لا يأويه وفلاناً بيت؛ وذلك لأن الإيواء عبارة عن المصير في الموضع، قال الله تعالى: ﴿سَـَٔاوِىٓ إِلَىٰ جَبَلٍ يَعۡصِمُنِي مِنَ ٱلۡمَآءِ﴾ [هود: ٤٣] يعني: ألتجئ، وذلك [موجود][٢] في قليل الوقت وكثيره.

وقد كان قول أبي يوسف الأول: إن الإيواء مثل البيتوتة، وأنه لا يحنث حتى يقيم في المكان أكثر الليل؛ لأنهم يذكرون الإيواء كما يذكرون البيوتة، فيقولون: فلان يأوي في هذه الدار، كما يقولون: يبيت فيها.

فأما إذا نوى أكثر من ذلك، فالأمر على ما نوى؛ لأن اللفظ محتمل، ألا ترى أنهم يذكرون الإيواء ويريدون به السكنى والمقام.

وقد روى ابن رستم عن محمد في رجل قال: إن آواني وإياك بيت أبداً،

---

(١) الإيواء من «أوَىٰ إليه: التجأ وانضم، وآواه غيره إيواءً، ومنه قوله: فإن آواه سقف». المغرب (أوي).

(٢) في ب (من مردود)، والمثبت من أ.




أنه علىٰ طرفة عين في قول أبي يوسف الآخر، وقولنا: إلا أن يكون نوىٰ أكثر من ذلك يوماً أو أكثر.

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا حلف لا يؤوي فلاناً، وقد كان المحلوف عليه في عيال الحالف وَمنزلهِ، فلا يحنث الحالف إلا أن يعيد المحلوف عليه مثل ما كان عليه، وإن لم يكن المحلوف عليه في عيال الحالف، فهذا علىٰ نية [٢٨٢/ب] الحالف، إن نوىٰ أن لا يعوله فهو كما نوىٰ، وكذلك إن [حلف][1] أن لا يدخله عليه بيته [فهو كما نوىٰ][2]؛ وذلك لأن قوله: لا آويه يذكر ويراد به ضمه إلىٰ نفسه في منزله، وقد يريد به القيام بأمره، فإن كان في اللفظ دليل علىٰ عكسه وإلا رجع[3] إلىٰ نيته.

قال: فإن دخل المحلوف عليه بغير إذنه فرآه فسكت، لم يحنث، وذلك لأنه حلف علىٰ فعل نفسه، وإذا لم يأمره لم يوجد فعله.

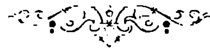
قال عمرو عن محمد: الإيواء عندي الكينونة[4] والسكنىٰ، فإن نوىٰ المبيت فهو علىٰ ذهاب الأكثر من الليل، وإن لم ينو شيئاً فهو علىٰ ذهاب ساعة.

قال أبو الحسن: وإذا حلف أن لا يبيت مع فلان، أو لا يبيت في مكان كذا، فالمبيت بالليل حتىٰ يكون ذلك منه أكثر من نصف الليل، وإن كان أقل، لم يحنث، وسواء نام في الموضع أو لم ينم؛ وذلك لأن البيتوتة عبارة عن الكون

(١) في ب (نوىٰ) والمثبت من أ.
(٢) الزيادة من أ.
(٣) في أ (رجعنا).
(٤) في أ (البيتوتة).

بالمكان (أكثر الليل)[1]، ألا ترى أن الإنسان يدخل على غيره ليلاً ويقيم عنده قطعة من الليل فلا يقال: بات عنده، فإن أقام أكثر الليل قيل: بات عنده، ويقال: بات فلان في منزله وإن كان في أول الليل في غيره، ولا يعتبر بالنوم؛ لأن اللفظ لا يقتضيه، كما لا يقتضي اليقظة، فلم يكن شرطاً فيه.

قال ابن رستم عن محمد: في رجل حلف لا يبيت الليلة في هذه الدار وقد ذهب ثلثا الليل ثم بات بقية الليل، قال: لا يحنث؛ وذلك لأن البيتوتة إذا كانت أكثر الليل فقد حلف على ما ليس بموجود، فلم تنعقد يمينه[2].



---

(١) ساقطة من أ.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص ٥٠٩.

بَابُ
الحلف على الخروج



قال أبو الحسن: الخروج من الشيء: هو الانفصال من داخله إلىٰ خارجه، وهو عكس الدخول، فإذا حلف لا يخرج من شيء فاعتبره بالدخول علىٰ ما بيّنت لك في الدخول، فإذا كان انفصاله من موضع إلىٰ الشيء المحلوف عليه دخولاً فيه، فانفصاله من الموضع الذي يكون به داخلاً إلىٰ الموضع الذي يبتدئ منه الدخول خروج، وهذا في البلدان، والدور والمنازل، والسفن، والأخبية والفساطيط والخيم؛ وذلك لأن الخروج هو الانفصال من داخل إلىٰ[1] خارج، فإذا حصل ذلك وقد حلف عليه، تناولته اليمين.

فإن حلف لا يخرج إلا علىٰ صفة، فاعتبر تلك الصفة عند الانفصال، كما لو حلف لا يدخل إلا علىٰ صفة، أن تلك الصفة تعتبر حال الدخول.

قال: والخروج من الدور المسكونة: أن يخرج [٢٨٣/أ] الحالف بنفسه ومتاعه وعياله كما يفعل إذا حلف أن لا يسكن، وإذا كان الحلف علىٰ الخروج من البلدان والقرىٰ، فهو علىٰ خروج الحالف ببدنه خاصة؛ وذلك لأن حلفه علىٰ الخروج من الدار لكراهتها، ومن كره شيئاً لنفسه كرهه لأهله، فأما يمينه علىٰ الخروج من البلد فقد حمله علىٰ الخروج ببدنه خاصة؛ لأنه يقال: خرج من البلد وإن [كان] فيه عياله، ويقال: لم يخرج من الدار إذا كان فيها عياله [وثَقَله][2]، وقد خرج منها لحاجة [سفرًا وغيره]، وهذا يشهد لقول من قال من أصحابنا أن من حلف

(١) في أ (من داخل الشيء إلىٰ خارجه).

(٢) «الثَّقَل ـ بفتحتين ـ متاع المسافر وحشمه، والجمع: أثقال». المغرب (ثقل).

لا يسكن في بلد فخرج بنفسه دونَ عياله، برّ.

وقد ذكر هذا الفصل في الخروج ابن سماعة، عن أبي يوسف ومحمد، في الرقيات، وقال هشام: سمعت أبا يوسف قال: إذا قال: والله لا أخرج ـ وهو في بيت ـ من الدار فخرج إلىٰ الدار لم يحنث، إلا أن يكون نيته ألا يخرج من البيت، فإذا خرج من الدار حنث.

فإن قال: نويت بالخروج إلىٰ مكة، أو خروجاً من البلد، فإنه لا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ وذلك لأن البيت والدار في حكم البقعة الواحدة، فاليمين علىٰ الخروج المطلق، يقتضي الخروج منها.

فإن قال: أردت الخروج من البيت، فقد شَدَّدَ علىٰ نفسه، وإن قال: أردت الخروج إلىٰ مكة، فقد خصص ما ليس في لفظه، ألا ترىٰ أنه خصص الجهات التي يقع إليها الخروج.

وعلىٰ هذا قال محمد في الجامع الكبير: لو قال: إن خرجت فعبدي حر، وقال: عنيت السفر إلىٰ بغداد دون ما سواها، لم يُدَيَّن[1] في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه نوىٰ تخصيص[2] الجهات، وذلك ليس في لفظِه.

وقال هشام: سألت محمدًا عن رجل حلف لا يخرج من الرَّي إلىٰ الكوفة، فخرج من الريّ يريد مكة وطريقه علىٰ الكوفة، قال محمد: إن كان حين خرج من الريّ نوىٰ أن يمر بالكوفة فهو حانث، وإن كان حين خرج نوىٰ أن لا يمر بها ثم بدا له بعد ما خرج، فصار من الري في الموضع الذي يقصد فيه الصلاة أن يمر

---

(١) في أ (يصدق).

(٢) في أ (التخصيص).

بالكوفة فمر بها، لم يحنث؛ وذلك لأنه لما نوىٰ أن يخرج إلىٰ مكة ويمر بالكوفة فقد نوىٰ الخروج إلىٰ الكوفة وإلىٰ غيرها، فيحنث، [وإذا نوىٰ أن لا يمر بالكوفة، فلم ينو الخروج إليها، وما بعد ذلك ليس بخروج، فلا يحنث][(١)]

وإن كانت نيته أن لا يخرج إلىٰ الكوفة خاصة ليس إلىٰ غيرها، ثم بدا له في الحج فخرج ونوىٰ أن يمر بالكوفة، قال محمد: هذا لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه نوىٰ تخصيص ما في لفظه.

وقال [٢٨٣/ب] ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل قال لامرأته: إن خرجتِ من هذه الدار إلا إلىٰ المسجد فأنتِ طالق، فخرجت تريد المسجد، ثم بدا لها فذهبت إلىٰ غير المسجد لم تطلق؛ وذلك لأن الخروج حصل إلىٰ المسجد، فصار مستثنىً من اليمين، فإذا [خرجت، ثم] قصدت غير المسجد [فهو بقاء علىٰ الخروج]، فالبقاء علىٰ الخروج ليس بخروج، فلم يحنث.

وقال عمرو: سألت محمداً عن رجل حلف ليخرجنّ من الرِّقة، ما الخروج؟ قال: إذا جعل البيوت خلف ظهره؛ وذلك لأن من حصل في هذا الموضع جاز له القصر، فعلم أنه خرج من البلد.

وقال عمرو: وسئل محمد عن رجل قال لامرأته: إن خرجتِ في غير حق فأنت طالق، فخرجت في جنازة والدٍ أو أخٍ، قال: لا تطلق، وكذلك كل ذي رَحِمٍ مَحْرَم، وكذلك خروجها إلىٰ العِرس أو خروجها فيما يجب عليها؛ وذلك لأن الحق ليس يراد به الواجب في العادة، وإنما يراد به ما يستحق في العادة، وهذا مستحق في العادة[(٢)].

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٢/٣١١ وما بعدها.

بَابُ
الرجل يحلف لا يدخل على فلان



قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يدخل على فلان، ولم يسم شيئاً، فدخل عليه بيته، فإنه يحنث إذا كان يقصده بالدخول، فإن لم يقصده لم يحنث، وكذلك إن دخل عليه بيت رجل آخر؛ وذلك لأنه يكون داخلاً عليه بالقصد إليه، فإذا دخل وهو لا يقصده فليس بداخل عليه؛ ولأنه حلف لا يدخل عليه استخفافاً به وتركاً، لا كرامة، وهذا لا يكون إلا مع القصد.

وقد ذكر أبو الحسن في هذا الباب، عن ابن سماعة في نوادره ضد هذا، فقال في رجل قال[١]: والله لا أدخل على فلان بيتاً، فدخل بيتاً على قوم وفيهم فلان ولا يعلم به الحالف، فإنه حانث بدخوله؛ وذلك لأنه حلف على الدخول عليه، والعلم (بشرط الحنث)[٢] ليس بشرط في الحنث، كمن حلف لا يكلم زيداً وكلمه وهو لا يعرفه، إلا أن ظاهر المذهب ما قدمناه.

قال: ولو علم أنه فيه فدخل ينوي الدخول على القوم غيره، لم يحنث فيما بينه وبين الله تعالى؛ [وذلك] لأنه ليس بداخل عليه إذا قصد غيره، إلا أنه لا يصدق في القضاء؛ لأن الظاهر دخوله على الجماعة، وما في اعتقاده لا يعرفه الحاكم.

---

(١) في أ (ولو قال رجل والله).

(٢) سقطت من أ.

قال أبو الحسن: فإن دخل عليه في مسجدٍ أو ظُلّة، أو سقيفة[1]، أو دهليز[2] دار، لم يحنث؛ وذلك لأن دخول المسجد ليس بدخول عليه، لأن المقصود هو الدخول المعتاد الذي يدخل الناس بعضهم على بعض، وذلك يكون في البيوتِ خاصة، فإن دخل عليه في فسطاط أو خيمة أو بيت [٢٨٤/أ] شعر، لم يحنث، إلا أن يكون الحالف من أهل البادية؛ وذلك لأن الدخول المعتاد في غير أهل البادية إنما يكون في البيوت والدور، والدخول في البادية يكون على العمد[3]، فحمل ذلك على العادة.

وقال ابن سماعة عن محمد: إذا حلف لا يدخل على فلان هذه الدار، فدخل الدار وهو في بيت في الدار، قال: فإنه لا يحنث؛ لأن فلانًا ليس في الدار، وإن كان في صحن الدار حنث؛ وذلك لأنه لا يكون داخلاً عليه إذا لم يكن يشاهده، ألا ترى أن السَّقَّاء يدخل دار الأمير فلا يقال إنه دخل على الأمير.

قال: فإن قال: والله لا أدخل على فلان هذه القرية، فدخل القرية، فإنه لا يحنث؛ وذلك لأنه إنما يكون داخلاً عليه إذا دخل في بيته، وتخصيص القرية حتى لا يقع الحنث بالدخول عليه في غيرها.

وقال ابن رستم عن محمد: إذا قال: والله لا أدخل على فلان، ولم يذكر بيتاً ولا غيره، فدخل عليه فسطاطاً أو داراً حنث، وهذا محمول على أن عادة فلان أن يدخل عليه في الفسطاط، وإلا لم يحنث [كما في الباب الأول، فإن

---

(١) «والسقيفة: الصُّفَّة، وكل ما سُقِّف من جناح وغيره». المصباح (سقف)؛ وفي المعجم الوجيز: «السقيفة: العريش يستظل به». (سقف).

(٢) «الدهليز: المدخل بين الباب والدار». المعجم الوجيز (دهل).

(٣) والعُمُد جمع عَمود، «ويقال لأصحاب الأخبية: أهل عَمُود وعُمُد وعِماد». المصباح (عمد).

دخل عليه في حَمّام، أو في مسجد، أو في الكعبة، فإنه لا يحنث]؛ وذلك لأن المقصود باليمين الامتناع من الدخول في الموضع الذي يكرم الناس بالدخول عليه فيه، وهذا لا يوجد في الحَمَّام والمساجد.

قال محمد: ولو دخل على فلان بيته وهو يريد [رجلاً زائراً عنده][1] لم يحنث، فإن دخله وهو يريده أو لا نية له حنث؛ وذلك لأنه إذا نوى الدخول على غيره فلم يقصده بالدخول فلا يحنث، وإنْ أطلق الدخول فهو داخل على كل من في الدار، فحنث، وهذا كالسلام إذا حلف لا يسلم على رجل فسَلَّم على جماعة وهو فيهم، حنث، وإن لم يرده بالنية، لم يحنث[2].



(١) في ب (إجلالاً زائرًا غيره) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٢/٣٠٦ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ١/٤٣٤.




بَابُ
الحلف على اقتضاء الدراهم



قال أبو الحسن: وإذا حلف الرجل ليأخذنَّ من فلان حقه، أو ليقتصن من فلان حقه، فأخذ منه بنفسه، أو أمر من أخذها منه، أو أخذها من ضامن عنه، أو محتال عليه بأمر المطلوب، بَرَّ؛ وذلك لأنه إذا أخذ من وكيله أو كفيله بأمره فقد أخذ منه، ألا ترىٰ أن حقوق القضاء لا تتعلق بالفاعل، وتتعلق بالآمر.

قال: فإن قبض من رجل لم يأمره المطلوب، أو محتال عليه، أو ضامن بغير أمره، حنث في يمينه ولم يبرَّ؛ وذلك لأن القبض ليس من المحلوف عليه، ألا ترىٰ أن الدافع لا يرجع عليه بما أعطاه، فلم يوجد شرط البر فحنث.

وكذلك لو كان الحالف الذي عليه المال، [فقال][(١)]: ليعطين فلاناً حقه، فأعطاه بنفسه، أو برسول، أو أحاله، أو أمر من ضمنه له فأخذه[(٢)] الطالب، برَّ الحالف في يمينه لما بيَّنا أن حقوق الدفع لا تتعلق بالدافع، فتتعلق بالآمر، فكأنه دفع بنفسه.

ولو كان ذلك بغير أمره [٢٨٤/ب] حنث الحالف؛ لأن الدفع المحلوف عليه لم يوجد، ألا ترىٰ أن الدافع لا يرجع عليه.

فإن قال الحالف في هذين الوجهين: أردت أن يكون ذلك بنفسي، كان كما

---

(١) في ب (فحلف) والمثبت من أ.

(٢) في أ (وقبضه).




قال ، فإن لم يفعل بنفسه حنث ؛ لأنه شدد على نفسه.

فإن كان المطلوب حلف أن لا يعطيه ، فأعطى على أحد هذه الوجوه حنث ، فإن قال: إنما أردت أن لا أعطيه أنا بنفسي ، لم يُدَيَّن في القضاء ، ودُيِّن[١] فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن العطاء بفعله وَفعل غيره سواء في القصد ، فيتناولهما اليمين ، فإذا نوى غير الظاهر لم يصدق في القضاء.

ولو أخذ به ثوباً أو عوضاً فقبض العوض فهو بمنزلة قبض المال ؛ وذلك لأنه يصير مستوفياً بأخذ العوض ، كما يصير مستوفياً بأخذ نفس الحق.

قال: ولو كان الطالب حلف ليأخذنّ ماله منه ، أو ليقبضنّه ، أو ليستوفيه ، ولم يوقت ، فأبرأه من المال ، أو وهبه له حنث في يمينه ؛ وذلك لأن شرط البر فات في يمين منعقدة ، ألا ترى أن البراءة ليس بقبض ولا استيفاء.

قال: لو كان وقَّت وقتاً ، فقال: اليوم ، أو إلى كذا وكذا ، فأبرأه قبل ذلك أو وهبه له ، لم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد إذا جاوز ذلك الوقت ، ويحنث عند أبي يوسف ؛ لأن اليمين الموقّتة يتعلق انعقادها بآخر الوقت ، فكأنه قال: في آخر الوقت لأقضينه دينه ، ولا دين له [عليه] ، فلا تنعقد اليمين عندهما ، وتنعقد عند أبي يوسف ، ويحنث.

قال: فإن قبض الدين فكان زيوفاً أو بهرجة فهو قبض ، ويبرّ من حلف على القبض أو على الدفع ؛ لأنها من جنس الجياد ، ألا ترى أنه يجوز أخذها في ثمن الصرف ، فوقع بها الاقتضاء.

---

(١) في أ (ولا فيما).

وإن كانت ستوقة فليس هذا بقبض؛ لأنها ليست من جنس الدراهم، ولا يجوز التجوز بها في ثمن الصرف.

وكذلك لو ردّ الثوب الذي أخذ عن الدين بعيب أو استحق، كان قد برّ في يمينه، وهذا قبض؛ لأن المعيب قد صَحَّ قبضه عن الحق، وإنما ينفسخ قبضه بعد الاستيفاء، والمستحق يصح قبضه، وإنما يبطل فيه القبض لعدم الإجازة.

وقد قالوا: إذا اشترىٰ بدينه بيعاً فاسداً وقبضه، فإن كان في ثمنه[1] وفاء بالحق فهو قابض لدينه، ولا يحنث، وإن لم يكن فيه وفاء، حنث؛ لأن المضمون في البيع الفاسد القيمة دون المسمىٰ.

ولو غصب الحالف مالاً مثل دينه، برَّ؛ لأن الاقتضاء يقع به، وكذلك لو استهلك له دنانير أو عروضاً؛ وذلك لأن القيمة تجب في ذمته، فتصير قصاصاً.

وقال محمد: إذا قال: إن لم أتزن من فلان ما لي عليه [٢٨٥/أ]، أو [قال]: إن لم أقبض ما لي عليه في كيس، أو قال: إن لم أقبض ما لي عليه دراهم، أو بالميزان، أو قال: إن لم أقبض دراهم فضامن الدراهم التي لي عليه، فأخذ بذلك عوضاً أو شيئاً مما يوزن من الزعفران أو غيره، فهو حانث؛ وذلك لأنه لما ذكر الوزن وذكر الكيس والدراهم وقعت يمينه علىٰ جنس حقه، فإذا أخذ عوضاً عنه، حنث[2].



(١) في أ (قيمته).
(٢) انظر: الأصل ٢/٣٣٥.

بَابُ
الحلف على الاستخدام



قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يستخدم جارية[١] قد كانت تخدمه ولا نية له، فجعل الخادمة تخدمه من غير أن يأمرها، حنث؛ وذلك لأنه مستخدم لها بالمعنىٰ وإن لم يستخدمها [بالعبارة][٢]، ألا ترىٰ أنه باقٍ علىٰ استخدامها السابق.

وليس كذلك إذ حلف علىٰ جارية[٣] لا يملكها فخدمته بغير أمره، أنه لا يحنث؛ لأنه لم يستخدمها بالنطق ولا بالمعنىٰ، فلم يحنث في يمينه.

[وعلىٰ هذا][٤] ينبغي أن يقال: إذا نهىٰ خادمته عن خدمته ثم خدمته بغير أمره لم يحنث؛ لأنه قطع استخدامها السابق بالنهي، فصارت خادمة له بغير استخدام.

قال: ولو حلف لا تخدمه فلانة، فخدمته بأمره أو بغير أمره وهي خادمه أو خادم غيره، حنث؛ لأنه عقد علىٰ فعلها، ولم يعقد علىٰ فعل نفسه، وفعلها موجود، وكل شيء من عمل بيته فهو خدمته[٥]؛ لأن الخدمة عبارة عن عمل

---

(١) في أ (خادمًا).

(٢) في ب (بالعيان) والمثبت من أ.

(٣) في أ (خادمًا).

(٤) في ب (علىٰ) والمثبت من أ.

(٥) في أ (عمل البيت فهو خدمة).




البيت الذي يحتاج إليه في الغالب.

قال: ولو حلف لا يستخدم خادمًا لفلان فسألها وضوءاً أو شراباً أو أومأ بذلك إليها، ولم يكن له نية حين حلف، حنث إن فعلت ذلك أو لم تفعل، إلا أن يكون عنى حين حلف أن يستعين بها فتعينه، فلا يحنث حتى تعينه؛ وذلك لأنه عقد على فعل نفسه، وهو الاستخدام، وقد فعل ذلك، وإن لم تجبه.

فإن عنى[1] أن تخدمه فقد نوى ما يحتمله كلامه، فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى.

قال: وإذا حلف لا يخدمني خادم لفلان، فهو على الجارية والغلام، والصغير الذي يخدم والكبير في ذلك سواء؛ لأن اسم الخادم يجمع الذكر والأنثى، والصغير والكبير، إذا كان الصغير ممن يقدر على الخدمة[2].



(١) في أ (نوى).
(٢) انظر: الأصل ٢/٣٤٣ ـ ٣٤٥؛ المصباح (خدم).

بَابُ
الرجل يحلف لا يشتري شيئاً يسميه فيقع اليمين على جميع ما سمى أو على بعضه



قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يشتري ذهباً ولا فضة، فما اشترىٰ من دنانير، أو دراهم، أو آنية، أو تِبْرٍ[1]، أو مصوغ حِلْية، أو غير ذلك مما هو ذهب أو فضة، فإنه يحنث في قول أبي يوسف، وقال محمد مثله إلا في الدراهم والدنانير، فإنه لا يحنث.

لأبي يوسف: أن اسم الذهب [والفضة] يقع علىٰ المضروب وغيره؛ بدلالة قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكۡنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلۡفِضَّةَ﴾ [التوبة: ٣٤]، وأراد [٢٨٥/ب] به الأمرين، ولأن الضرب صفة فيها، كما لو اتخذ آنية أو حُلِيًّا.

وجه قول محمد: أن الدراهم والدنانير لهما اسم يخصهما، فاسم الذهب والفضة لا يتناولهما علىٰ الإطلاق، فلم يحمل عليهما.

قال: ولو حلف لا يشتري حديداً فهو علىٰ مضروب ذلك وتبره، سلاحاً كان أو غير سلاح بعد أن يكون حديداً.

وقال محمد: لا يحنث إذا اشترىٰ شيئاً من الحديد لا يسمىٰ بائعه حداداً، وإن اشترىٰ شيئاً يسمىٰ بائعه حداداً، حنث.

لأبي يوسف: أن الحديد جنس يتناول المعمول وغير المعمول.

---

(١) «التِّبْر: ما كان غير مضروب من الذهب والفضة» كما في المغرب (تبر).




وجه قول محمد: أن الإِبرة لا يتناولها اسم الحديد على الإطلاق، ولا يسمى بائعها حداداً، وإنما لها اسم يخصها، فلم تدخل في اليمين.

قال أبو يوسف في باب الذهب والفضة: فإن كانت له نية دُيِّن فيما بينه وبين الله تعالى، والنية في هذا واسعة؛ لأنه خصص ما في لفظه، وقال في باب الحديد: لو قال: عنيت التبر فاشترى إناء، لم يحنث، ولو قال: عنيت قمقماً[1] فاشترى سيفاً، أو إبراً، أو سكاكين، أو شيئاً من السلاح لم يحنث، ويديّن في القضاء. وهذا الذي قاله بعيد؛ لأن الاسم [عنده][2] عام، فإذا نوى شيئاً منه فقد عدل عن ظاهر العموم، فلم يصدق في القضاء، وإن صدق فيما بينه وبين الله تعالى.

وقال محمد في الزيادات: لو حلف لا يشتري حديداً ولا نية له فاشترى درع حديد، أو سيفاً، أو سِكِّيناً، أو ساعدين، أو بيضة[3] لم يحنث، وإن اشترى شيئاً [غير مضروب][4]، أو إناء من آنية الحديد، أو مسامير، أو أقفالاً، أو كانون[5] حديد، حنث، وإن اشترى إبرًا أو مسالاً، لم يحنث.

قال: لأن الذي يبيع السلاح والإبر والمسال لا يسمى حداداً، والذي يبيع

---

(١) «القُمْقُم: إناء صغير من نُحاس أو فضة أو خزف صيني يجعل فيه ماء الورد». المعجم الوجيز (قمقم).

(٢) في ب (عقده) والمثبت من أ.

(٣) والساعدان تثنية ساعد: «وهو من اليد ما بين المرفق والكف، ثم سُمي بها: ما يُلْبَس عليها من حديد أو صفر أو ذهب». المغرب (سعد).
«والبيضة: بيضة النعامة، وكل طائر، ثم استعيرت لبيضة الحديد؛ لما بينهما من الشبه الشكلي»، وهي المقصود هنا، والتي تعرف بـ: الخُوذَة. المغرب (بيض).

(٤) في ب (غيره مضروبًا) والمثبت من أ.

(٥) «الكانون: المَوقِد يطبخ عليه». المعجم الوجيز (كنن).

ما وصفت لك يسمىٰ حداداً.

وقال أبو يوسف: إن اشترىٰ باب حديد، أو كانون حديد، أو إناء حديد مكسوراً، أو نصل سيف مكسوراً، حنث، وهذا حديد، ألا ترىٰ إلىٰ كلام العرب: [كبّل][(١)] في الحديد، وجاؤونا مدججين في الحديد، وقوله ﷺ: «**لا قود إلا بحديدة، ومن قتل بحديدة قتل**»[(٢)]، وقول الله تعالىٰ: ﴿وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾ [الحديد: ٢٥].

قال أبو يوسف: ولو حلف لا يشتري صُفْراً فاشترىٰ طست صُفْرٍ[(٣)]، وكوزٍ، أو تورًا[(٤)]، حنث؛ لأن أيمان الناس في هذا علىٰ الآنية لا علىٰ التبر، فإن اشترىٰ تبراً، حنث.

وقال محمد: وإن اشترىٰ إناء، حنث؛ لأن الناس يسمون الذي يبيع ذلك صفاراً.

قال محمد: وإن اشترىٰ فلوساً لم يحنث؛ لأن الفلوس ليست من الصفر في كلام الناس.

قال أبو الحسن: فإذا حلف لا يشتري شيئاً ما، فاشترىٰ غيره، فدخل المحلوف عليه في البيع علىٰ وجه التبع، لم يحنث، وإن لم يكن تبعاً حنث، وهذه مثل أن يحلف لا يشتري صوفاً فاشترىٰ شاة علىٰ ظهرها [٢٨٦/أ] صوف؛

---

(١) في ب (كل) والمثبت من أ.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه مرفوعًا كما ذكر الزيلعي في نصب الراية، ٣٤١/٤.

(٣) «الصُّفْر ـ بالضم ـ: نحاس يعمل منه الأواني» وقيل: بالكسر. مختار الصحاح (صفر).

(٤) «الكوز: إناء بعروة يشرب به الماء». المعجم الوجيز (كوز).
«والتَور: إناء صغير يشرب فيه ويُتوضأ منه». المغرب (تور).

[لأن الصوف يدخل في العقد بغير تسمية][1]، فلم يكن مقصوداً به.

وكذلك لو حلف لا يشتري آجُرًّا[2]، أو خشباً، أو قصباً، فاشترىٰ داراً فإنه لا يحنث؛ لأن البناء يدخل [فيه] بغير تسميته، فلم يكن مقصوداً بالعقد.

ولو حلف لا يشتري ثمرة نخل، فاشترىٰ أرضاً فيها نخل وفي النخل ثمر، وشرط المشتري الثمرة فإنه يحنث؛ لأن الثمرة معقود عليها لا علىٰ وجه التبع، ألا ترىٰ أنه لو لم يسمها لم تدخل في البيع.

وكذلك لو حلف لا يشتري بقلاً، فاشترىٰ أرضاً فيها بقل، واشترط المشتري البقل، فإنه يحنث؛ لما بينا أن البقل دخل بالتسمية لا علىٰ طريق التبع.

قال: وإن كان الاسم [لا][3] يقع عليه، لم يحنث، مثل أن يحلف لا يشتري لحماً فاشترىٰ شاة حية، فإنه لا يحنث؛ لأن العقد لم يتناول لحمها، ألا ترىٰ أنه محرم[4] لا يجوز العقد عليه.

وكذلك إن حلف لا يشتري زيتاً فاشترىٰ زيتوناً؛ لأن العقد لم يقع علىٰ الزيت، ألا ترىٰ أنه ليس في ملك البائع.

وعلىٰ هذا قالوا فيمن حلف لا يشتري قصباً ولا حَوْصاً، فاشترىٰ بورياً أو زنبيلاً من حَوص، لم يحنث؛ لأن الاسم لا يتناوله، وكذلك لو حلف لا يشتري جَدْياً فاشترىٰ شاةً حاملاً بجَدْي، أو حلف لا يشتري مملوكاً صغيراً فاشترىٰ أَمَةً

---

(١) العبارة في ب: (لأن الصوف لا يدخل في العقد بالتسمية)، والمثبت من أ.

(٢) «الآجُرُّ: اللَّبِنُ إذا طُبخ ـ بمد الهمزة والتشديد أشهر ـ، الواحدة آجُرَّةٌ». المصباح (آجر).

(٣) الزيادة من أ.

(٤) أي: أن لحم الشاة الحية مُحَرَّمٌ. كما في البدائع ٨٢/٣.




حاملاً ، وكذلك لو حلف لا يشتري لبناً فاشترىٰ شاة في ضرعها لبن ، وكذلك لو حلف لا يشتري دقيقاً فاشترىٰ حنطة.

وقالوا: لو حلف لا يشتري شعيراً ، فاشترىٰ حنطة فيها شعير لم يحنث ؛ لأن الشعير ليس بمعقود عليه ، وإنما دخل في البيع علىٰ وجه التبع ، وليس كذلك إذا حلف لا يأكل شعيراً فأكل حنطة فيها شعير ؛ لأن الأكل فعل ، فإذا وقع في العينين لم يتبع إحداهما الأخرىٰ ، وأما الشراء فهو عقد ، فبعض العين مقصود بالعقد ، وبعضها غير مقصود.

وقد كان قول أبي يوسف الأول: إذا حلف لا يشتري صوفاً فاشترىٰ شاة عليها صوف ، أنه يحنث ، ولو حلف لا يشتري لبناً فاشترىٰ شاة في ضرعها لبن ، لم يحنث ؛ قال: لأن الصوف ظاهر فتناوله العقد ، واللبن باطن فلم يتناوله [العقد] ، ثم رجع فسوىٰ بينهما.

قال أبو الحسن: وإذا حلف لا يشتري دُهْناً ، فهو علىٰ كل دُهن جرت عادة الناس أن يدّهنوا به ، وإن كان مما ليس في العادة أن يدهنوا به مثل الزيت والبزر ، ودهن الخِرْوَع ، ودهن الكارع ، لم يحنث ؛ وذلك لأن الدهن عبارة عما يدّهن به ، والأيمان محمولة علىٰ العادة ، فحملت اليمين علىٰ ما يقصد به الأدهان المطيبة.

قال: وإن حلف لا يدّهن بدهن ولا نية له ، فادهن بزيت ، حنث ، وإن ادّهن بسمن ، لم يحنث ؛ لأن الزيت لو طبخ بالطيب صار دُهْناً ؛ فعلم أنه من جملة الأدهان ، فأجراه بمجراها من وجه ، ولم [٢٨٦/ب] يجره مجراها من وجه ، فقال: إن اشتراه لم يحنث ، وإن ادّهن به حنث ، فأما السمن فلا يُدّهن به بحال ، فلم يحنث في الوجهين ، وكذلك دهن الخِرْوَع والبزر.




قال: ولو اشترىٰ زيتاً مطبوخاً ولا نية له حين حلف، فإنه يحنث؛ لأن الزيت المطبوخ بألبان والزنبق[١] دهن يدهن به كسائر الأدهان.

قال: وإذا حلف لا يشتري بَنَفْسَجاً أو خِيْرِيًا[٢]، أو حلف لا يشمهما، فهو علىٰ الدهن والورَق في البابين جميعاً، وقد ذكر في الأصل: إذا حلف لا يشتري بنفسجاً، أنه علىٰ الدهن دون الورَق، وهذا علىٰ عادة أهل الكوفة أنهم إذا أطلقوا البنفسج أرادوا به الدهن، فأما الآن في غير الكوفة فالاسم للورَق، فيحمل عليه.

وقد حمله أبو الحسن عليهما، وهذا رواية عن أبي يوسف علىٰ أصله: أن اليمين تحمل علىٰ الحقيقة والمجاز.

وأما الحِنَّاءُ والوَرْدُ فهو علىٰ الورَق دون الدهن، إلا أن ينوي الدهن فيديَّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وفي القضاء إن كان ذلك يحنث به؛ وذلك لأن الورد والحناء يطلق علىٰ الورق دون الدهن، فحملت اليمين علىٰ الإطلاق.

وقد ذكر في الجامع الصغير: أن البنفسج علىٰ الدهن، والورد علىٰ [ورق الورد][٣]، وجعل في الأصل الخيرىٰ مثل الورد والحِنّاء، فحمله علىٰ الورَق.

قال: ولو حلف لا يشتري بزراً، فاشترىٰ دهن بزر حنث، فإن اشترىٰ حَبّاً لم يحنث؛ لأن الإطلاق يتناوَل الدهن دون الحب[٤].

---

(١) «الزنبق: نبات من الفصيلة الزنبقية، له زهر طيب الرائحة». المعجم الوجيز (زنبق).

(٢) «البَنَفْسَج: نبات زهري عَطِر الرائحة، تتخذ زهوره للزينة».
«الخِيْرِي: نبات له زهر، وغلب علىٰ أصغره، ويدخل في الأدوية». المعجم الوجيز (بنفسج)، (خيري).

(٣) في ب (الورق) والمثبت من أ.

(٤) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٣٧٠.

بَابُ
الرجل يحلف لا يقعد على الشيء



قال أبو الحسن: وإذا حلف الرجل لا يجلس على الأرض، فإنه لا يحنث إلا أن يجلس على الأرض وليس بينه وبينها شيء غير ثيابه، فإن كان بينه وبين الأرض حصير، أو بوري، أو بساط، أو كرسي، أو شيء بسطه، لم يحنث؛ وذلك لأن الجالس على الأرض من باشر الأرض، ولم يَحِل بينه وبينها ما هو منفصل عنه، ألا ترى أنهم يقولون: جلس على الأرض وإن حال بينه وبينها ثيابه، فإذا حال بينهما ما هو منفصل عنه قالوا: جلس على بساط[1] أو حصير، والمعتبر في الأيمان العادة.

قال: وإن حلف لا يجلس على هذا الفراش، أو هذا الحصير، أو هذا البساط، فجعل عليه مثله، ثم جلس، لم يحنث؛ لأنه ينسب إلى الجلوس على الثاني دون الأول، ألا ترى أن الطَّنْفَسَة[2] إذا جعلت على البوري لم يقل إنه جلس على البوري، وكذلك إذا جعل الفراش على الفراش، أو البساط على البساط.

وخالف أبو يوسف في الفراش خاصة، فقال: إذا حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراشاً آخر ونام عليه، حنث؛ لأنهما مقصودان بالنوم، ألا ترى أنه يفعل ذلك لزيادة [٢٨٧/أ] التوطئة.

---

(١) في أ (على البساط أو الحصير).

(٢) «الطَّنْفَسَة: البساط، والجمع طنافس». المعجم الوجيز (طنفس).




واتفقوا أنه إذا حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه قِرَامًا[1] أو محشياً (كلاهما واحد)[2]، حنث؛ لأن ذلك لا يمنع أن يقال: نام على الفراش.

قال: وإن حلف لا يجلس على هذا السرير أو هذا الدكان، أو لا ينام على هذا السطح، فجعل فوقه مصلى أو فراشاً أو بساطاً، ثم جلس عليه، حنث؛ لأنه يقال: جلس الأمير على السرير، وإن كان فوقه فراش، ويقال: نام على السطح وإن كان نام على فراش.

قال: فلو جعل فوق السرير سريراً، أو بنى فوق الدكان دكاناً، أو فوق السطح سطحاً، لم يحنث؛ لأن الجلوس يضاف إلى الثاني دون الأول.

قال محمد: وإن كان نوى مباشرته ليس فوقه شيء لم يُدَيَّن في القضاء، يعني: إذا حلف لا ينام على السرير فنام على فراش فوق السرير؛ لأنه نوى غير ظاهر كلامه.

ولو قال: والله لا أنام على ألواح هذا السرير، أو ألواح هذه السفينة، ففرش على ذلك فراشاً، لم يحنث؛ لأنه لم ينم على [الألواح][3].

وقال في الأصل: إذا حلف لا يمشي على الأرض فمشى عليها وفي رجليه خف أو نعل يحنث؛ لأن المشي على الأرض هكذا يكون، ألا ترى أنه لم يحل بينه وبين الأرض ما هو منفصل عنه، وإن مشى على بساط، لم يحنث؛ لأنه يقال: مشى على البساط، وجاء في الشعر:

---

(١) «القِرَام: الستر الرقيق، وبعضهم يزيد: وفيه رَقْم ونُقُوش». المصباح (قرم).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في ب (ألواح ذلك) والمثبت من أ.



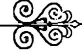

نحـــن بنـــاتُ طـــارِق ❊ نمشـــي علـــى النَّمَـــارِق[1]

قال: ولو مشى على سطح حنث؛ لأنه لا يقال: هذه أرض السطح، ويقال لمن [نام] على السطح [لم تنام] على الأرض[2].



(١) البيتين لزرقاء الإيادية، كما في تاج العروس (طرق).
وفي اللسان: لهند بنت بياضة (طرق)، كذا في الدرر اللوامع للشنقيطي ١/١٤٧.

(٢) انظر: الجامع الكبير ص٦٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٧/٤٨٩.

بَابُ
الرجل يحلف لا يفعل الشيء فيأمر به غيره



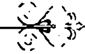
قال أبو الحسن: مسائل هذا الباب علىٰ ضربين: كل ما يتعلق حقوقه بالفاعل إذا حلف لا يفعله فأمر به غيره، لم يحنث، كالبيع والشراء والإجارة والقسمة؛ وذلك لأن حقوق هذه العقود لمّا تعلقت بعاقدها دون الآمر بها، لم تضف إلىٰ الآمر، وإنما تضاف إلىٰ الفاعل، فصار الحالف كأنه قال: لا ألتزم حقوق هذه العقود، ولم يلتزمها بالأمر.

ولهذا قالوا: إن الوكيل إذا كان هو الحالف، حنث؛ لأنه التزم حقوق العقد.

قالوا: إلا أن يكون الحالف سلطاناً لا يتولىٰ العقود بنفسه، فيمينه علىٰ الآمر؛ لأنه إنما يمتنع عما يفعله في العادة، والذي يفعله هو الآمر.

والقسم الثاني: ما لا يتعلق حقوقه بالعاقد، وإنما يتعلق بالآمر، أو ما لا حق له: كالنكاح، والطلاق، والعتاق، والكتابة، والصرف، والهبة، والصدقة، والكسوة، والاقتضاء، والقضاء، والخصومة، والشركة إذا قال: لا أشارك [رجلاً] فأمر من يشاركه، والذبح كذلك.

فإذا حلف لا يفعل هذه الأشياء ففعلها بنفسه أو أمر غيره، حنث؛ وذلك لأنها تضاف إلىٰ الآمِر دون [٢٨٧/ب] الفاعل، ألا ترىٰ أن الوكيل لا يقول:




تزوجت، وإنما يقول: [زوّجت][(١)] فلاناً، وطلقت امرأة فلان، وإذا كانت الإضافة إلىٰ الآمر، والحقوق تتعلق به فيما له حقوق، صار الآمر كالفاعل يحنث به.

واختلفت الرواية عن أبي يوسف في الصلح: فروىٰ بشر بن الوليد عنه أن من حلف لا يصالح [فَوكّل][(٢)] بالصلح لم يحنث؛ لأن الصلح عقد معاوضة كالبيع، وروىٰ ابن سماعة عنه: أنه يحنث؛ لأن الصلح [إسقاط للحق كالإبراء][(٣)].

فإن قال فيما لا يتعلق حقوقه بالفاعل: نويت أن [أتولىٰ][(٤)] ذلك بنفسي، فإنه قال في الجامع الصغير: يدين فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولا يدين في القضاء[(٥)]؛ لأنه نوىٰ غير ظاهره، ألا ترىٰ أن الفعل يضاف إليه علىٰ وجه واحد.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا حلف لا يتصرف في عبده أو [لا] يذبح شاته، فأمر إنساناً ففعل، حنث، ولو قال: عنيت أن [أتولىٰ][(٦)] ذلك بنفسي، فلا شيء عليه في القضاء؛ لأنه نوىٰ حقيقة كلامه.



(١) في ب (زوجك) والمثبت من أ.
(٢) في ب (بوكيل) والمثبت من أ.
(٣) في ب (المفرط حق كالبراءة) والمثبت من أ.
(٤) في ب (آلي) والمثبت من أ.
(٥) حيث قال: «صدق ديانةً ولم يصدق قضاءً». الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٣٦٩.
(٦) في ب (آلي) والمثبت من أ.

بَابُ
الرجل يحلف بصدقة ماله ثم يحنث



قال أبو حنيفة وأبو يوسف ـ في رجل حلف يهدي ما يملك، أو صدقة ما يملك إن فعل كذا، ثم فعله، قال: يمسك بعض ماله ويمضي بقية ماله فيما حلف به، فإذا أفاد مالاً أنفذ مقدار ما حبس في تمام ما لزمه؛ وذلك لأن الملك عبارة عن كل ما يتملك، وهذا موجود في كل جنس، وفي القليل والكثير، إلا أنه يمسك مقدار قوته؛ لأنه لو تصدق به يحتاج [أن يُتَصَدَّقَ عليه، فيتضرر][1] بذلك، فجاز له أن يَصرف ذلك القدر إلىٰ نفقة[2] نفسه، فإذا اكتسب مالاً تصدق بمثله؛ لأنه انتفع به مع وجوب إخراجه عن ملكه في الصدقة، فكان عليه عوضه، كمن أنفق ماله بعد وجوب الزكاة فيه.

وقد قالوا: إنه يمسك مقدار ما يعلم أنه يكفيه إلىٰ أن يكتسب.

قال: وإذا قال: مالي صدقة إن فعلت كذا، فحنث فهو علىٰ الأموال التي تجب فيها الزكاة، وما لا يكون فيه زكاة فإنه لا يدخل في ذلك، وهذه رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، وهو استحسان، والقياس: أن يلزمه في الجميع؛ لأن المال عبارة عما يتموّل به، كالملك الذي هو عبارة عما يتملك، فجريا مجرًىٰ واحدًا.

---

(١) في ب (ويستضر به) والمثبت من أ.

(٢) في أ (منفعة).

وجه الاستحسان: أن النذر المعلق بالمال معتبر بالحقوق التي أوجبها الله تعالىٰ متعلقة بالمال: وهي الزكاة، وذلك يتعلق بجنس دون جنس، وكذلك النذور محمولة علىٰ أصولها، فيلزمه أن يتصدق بالذهب والفضة وعُرُوْضِ التِّجَارَة والسَّوَائِم، ولا يلزمه [٢٨٨/أ] أن يتصدق بدُوْرِ السُّكْنىٰ وثِيَاب الْبَدَنِ، والأَثَاثِ، والعَوَامِل، والعروض التي لا يقصد بها التجارة، ولا يلزمه أن يتصدق بأرض الخراج؛ لأنه لا زكاة فيها، ولا فرق بين مقدار النصاب وما دونه؛ لأن ذلك مما يتعلق به الزكاة إذا انضم إليه غيره، فكأنهم اعتبروا الجنس دون القدر.

ولهذا قالوا: إنه إذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دَيْنٌ مُحِيْطٌ به، لزمه أن يتصدق به، فلو قضىٰ به دَيْنَه، لزمه التصدق بمثله؛ لأن المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة وإن لم تكن واجبة.

وقد قال أبو يوسف: قياس قول أبي حنيفة إذا حلف لا يملك مالاً ولا نية له، وليس له مال تجب فيه الزكاة، أنه لا يحنث؛ لأن إطلاق اسم المال لا يتناول ذلك.

قال أبو يوسف: ولا أحفظ عن أبي حنيفة إذا نوىٰ بهذا النذر جميع ما يملك، وَأراه يدخل في نذره، وهذا صحيح؛ لأنه شَدَّدَ علىٰ نفسه.

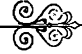
قال أبو يوسف: ويجب عليه أن يتصدق بما دون النصاب، ولا أحفظه عن أبي حنيفة، وإنما [قسته علىٰ][1] قوله، وإذا كانت له ثمرة عُشْرِيَّة، أو غَلَّة[2] عشرية تصدق بها في قولهم؛ لأن هذا مما[3] يتعلق به حق الله وهو العشر.

---

(١) في ب (نسبته إلىٰ) والمثبت من أ.

(٢) في أ (نخلة).

(٣) في أ (مال).




وقال أبو حنيفة: لا تدخل الأرض في النذر.

وقال أبو يوسف: يتصدق بها.

لأبي حنيفة: أن حق الله تعالىٰ لا يتعلق بها، وإنما يتعلق بالخارج منها.

لأبي يوسف: أنها من جملة الأموال النامية التي يتعلق حقوق الله تعالىٰ بها[١].

٢٢٥٢ ـ فَصْل: [لزوم الوفاء بالنذور المعلقة بالشروط]

وهذه المسائل مَبْنِيَّة علىٰ أن النذر المعلق بالشرط يلزم الوفاء به في رواية الأصول، وروىٰ عامر، عن علي بن معبد، عن محمد بن الحسن: أنه رجع عن ذلك، وقال يجزئ فيه كفارة يمين.

وروي عن عبد العزيز بن خالد قال: قرأت علىٰ أبي حنيفة كتاب الأيمان، فلما انتهيت إلىٰ هذه المسألة قال: قف فإن من رأيي أن أرجع إلىٰ الكفارة، قال: فخرجت حاجاً، فلما رجعت وجدت أبا حنيفة قد مات، فأخبرني الوليد ابن أبان أن أبا حنيفة رحمه الله رجع إلىٰ الكفارة، وهو قول الشافعي[٢].

وقد اختلف الصحابة في هذه المسألة: فقال عمر وعائشة رضي الله عنهما: عليه الكفارة، وقال ابن عباس وابن عمر وابن الزبير: عليه الوفاء به[٣].

وجه الرواية المشهورة قوله تعالىٰ: ﴿يُوفُونَ بِٱلنَّذْرِ﴾ [الإنسان: ٧] فمدحهم علىٰ

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٢١/٧.

(٢) انظر: الأم للشافعي ص٤٣٣ (بيت الأفكار)؛ المنهاج ص٥٥٣؛ رحمة الأمة ص٩٦.

(٣) انظر: فتاوىٰ ابن تيمية، ٣٦/٣٣.

الوفاء بالنذر، وقوله ﷺ: «**من نذر نذراً سماه فعليه الوفاء به**»[1]، ولأن كل نذر لو أطلقه لزمه الوفاء به، فإذا علقه بشرط لزمه الوفاء به.

أصله: إذا قال: إن شفى [٢٨٨/ب] الله مريضي، واحتج أبو يوسف في ذلك، فقال: إن القول بالكفارة يؤدي إلى وجوب الكثير بإيجاب القليل، ووجوب [القليل] بإيجاب الكثير، ألا ترى أنه إذا قال: إن فعلت كذا فعليّ صوم سنة، أو إطعام ألف مسكين، لزمه صوم ثلاثة أيام أو إطعام عشرة مساكين، ولو قال: إن فعلت كذا فعلي صوم يوم أو إطعام مسكين، لزمه إطعام عشرة أو صوم ثلاثة أيام.

وجه الرواية الأخرى: أن هذا النذر يقصد به الامتناع كاليمين التي تقصد بها الامتناع، (فيكون موجباً للكفارة)[2][3].



(١) أخرجه بلفظ: (من نذر نذرًا لله يطيقه، فليفِ به) أبو داود (٣٣٢٢)؛ وابن ماجه (٢١٢٨)؛ والبيهقي في الكبرى ١٠/٤٥؛ وأورده النووي في المجموع ٦/٤٨٢.

(٢) ساقطة من أ.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٧/٤٢١.

بَابُ
الحلف على الركوب



قال أبو الحسن: وإذا حلف الرجل لا يركب دابة فهو على الدّواب التي يركبها الناس في حوائجهم في مواضع إقامتهم، فإن ركب بعيراً أو بقرة، لم يحنث، وقد كان القياس أن يحنث في ركوب كل الحيوان؛ لأن الدابة عبارة عما يدبّ على [وجه] الأرض، قال الله تعالى: ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلْأَرْضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزْقُهَا﴾ [هود: ٦]، وقال: ﴿إِنَّ شَرَّ ٱلدَّوَآبِّ عِندَ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ﴾ [الأنفال: ٥٥]، إلا أنهم استحسنوا وقالوا: تحمل اليمين على ما يركبه الناس في الأمصار لقضاء الحوائج غالباً: وهو الخيل، والبغال، والحمير؛ لأنا نعلم أنه لم يقصد ركوب كل حيوان، فحمل على ما يركب في العادة، والفيل، والبعير، والبقر لا تركب لقضاء الحوائج في الأمصار غالباً.

فإن نوى بيمينه الخيل خاصة دُيّن فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين في القضاء؛ لأنهم قد يذكرون الدابة ويريدون بها الخيل، إلا أن الظاهر ما ذكرناه.

قال: فإن حلف لا يركب فَرَساً فركب بِرْذَوْناً، أو حلف لا يركب بِرْذَوْناً فركب فَرَساً لم يحنث؛ لأن الفرس عبارة عن العربي، والبِرْذَوْن عن [العجمي][1]، فصار كمن حلف لا يكلم رجلاً عربياً فكلم عجمياً لم يحنث.

قال: ولو حلف لا يركب ولا نية له، وقال: نويت الخيل لم يصدق فيما بينه

(١) في ب (الشهري) والمثبت من أ.

وبين الله تعالى؛ لأنه حلف على الركوب وخصص المركوب، وذلك ليس في لفظه، فإن حلف لا يركب الخيل فركب برذوناً أو فرساً حنث؛ لأن الاسم يَعُمُّهُمَا، قال النبي ﷺ: «**الخيل في نواصيها الخير إلى يوم القيامة**»[1]، والمراد به الجميع.

قال: ولو حلف لا يركب دابة وهو راكبها فمكث على حاله ساعة واقفاً أو سائراً، حنث؛ وذلك البقاء على الركوب يسمى ركوباً، وكذلك لو حلف لا يلبس وهو لابس، أو لا يجلس على هذا الفراش وهو جالس، فإن [نزل][2] عقيب يمينه، لم يحنث، وهذا خلاف زفر وقد قدمناه.

قال: ولو حلف [٢٨٩/أ] لا يركب دابة لفلان، فركب دابة لعبد فلان وعليه دَيْن أو لا دَيْن عليه، فإنه لا يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ويحنث في قول محمد.

أما إذا كان عليه دين فهو لا يملكها عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف هي مضافة إلى العبد دون المولى، [يقال إنها لعبد فلان]، وأما إذا لم يكن عليه دين فهي مضافة إلى العبد، فلم يحنث.

وأما محمد فقال: هي [على] ملك المولى على الحقيقية، فحنث بركوبها قال: ولو حلف لا يركب مركباً ولا ينوي شيئاً، فركب في سفينة أو مَحْمِل، أو دابة بإكاف أو سَرْج، حنث؛ وذلك لأن الله تعالى قال: ﴿ٱرۡكَبُواْ فِيهَا بِسۡمِ ٱللَّهِ مَجۡرٜىٰهَا وَمُرۡسَىٰهَآ﴾ [هود: ٤١]، فسمى ذلك ركوباً، والسفن تسمى مراكب، وكانت اليمين عامة، فأما الركوب بالسرج والإكاف، فيحنث به؛ لأنه يسمى راكباً[3].

---

(١) أخرجه البخاري (٢٦٩٤، ٣٤٤٤)؛ ومسلم (١٨٧١).

(٢) في ب (ترك) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٣٤٥/٢ ـ ٣٤٧.

بَابُ
الرجل يحلف لا يكسو فلاناً



قال أبو الحسن: إذا حلف الرجل لا يكسو فلاناً شيئاً ولا نية له، فكساه قَلَنْسُوَةً أو خُفَّيْن أو جَوْرَبَيْن أو نَعْلَيْن، حنث؛ لأنه مما يكسى؛ وذلك لأن الكسوة عبارة عن كل ما يكتسى به، وذلك موجود في القليل والكثير؛ ولأنه حلف على نفي الفعل، فحنث بوجود اليسير [منه]، كقوله: لا آكل ولا أشرب.

وروى عمرو عن محمد: إذا حلف لا يكسو امرأته فبعث إليها مقنعة، قال: لا يحنث، فجعل الكِسْوَة عبارة عما تجزئ في كفارة اليمين، وأجرى ذلك مجرى قوله: لا ألبسن ثوباً، فما حنثه به هناك حنثه به هاهنا.

قال: ولو حلف لا يكسو فلاناً ثوباً، فأعطاه دراهم يشتري بها ثوباً لم يحنث؛ لأنه لم يكسه، وإنما وهب له دراهم وشاوره فيما يفعل بها، ولو أرسل إليه [بثوب] كسوة حنث؛ لأن الحقوق لا تتعلق بالرسول، وإنما تتعلق بالمرسل(١).



(١) انظر: الأصل ٢/٢٩٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٧/٤٢٧، ٤٢٨.

بَابُ
الرجل يحلف لا يفعل كذا ما دام كذا



قال هشام: سألت أبا يوسف عن رجل حلف لا يكلم فلاناً مادام بالري، فخرج من الري ثم عاد إليها فكلمه فيها، قال: لا يحنث.

وكذلك لو حلف لا يكلمه مادام في هذه الدار، فخرج المحلوف عليه من الدار بعياله وأثاثه ثم عاد، ثم كلمه، لم يحنث.

وكذلك قال محمد: إذا قال: ما كان فلان فيها، فخرج من الدار بأهله وأثاثه(١) ثم عاد إليها، ففعل ما حلف عليه، لم يحنث.

وكذلك لو حلف فقال: والله لا أكلمه مادام عليه هذا الثوب، أو ما كان عليه هذا الثوب، أو مازال عليه هذا الثوب.

والأصل في هذا: أن قوله مازال، ومادام، وما كان: غايةٌ، ومن حكم الغاية أن يكون ما بعدها بخلاف ما قبلها، فإذا وجدت زالت اليمين، فلم يحنث بفعل المحلوف [٢٨٩/ب] عليه.

فإن قال: لا أكلمك وعليّ هذا الثوب، فنزعه ثم لبسه فكلمه، حنث، وكذلك إن قال: إن دخلت هذه الدار وهذا فيها، فخرج منها ثم عاد إليها ثم دخلها، حنث؛ وذلك لأن قوله (وعلي هذا الثوب) صفة، فمتى كلمه والصفة موجودة، حنث.

(١) في أ بدلاً عن (أثاثه): (بنفسه).

بَابُ
الرجل يحلف على التوقيت في نفي الفعل وإثباته



قال: الأصل في هذا الباب: أن من حلف على نفي الفعل في زمان مقدر، حنث بوجود الفعل في جزء منه؛ لأن اليمين لما انعقدت على النفي صار[1] شرط البر عدم الفعل في جميع المدة، فإذا فعل في بعضها لم يوجد شرط البر فحنث.

وأما إذا حلف على إيقاع فعل في زمان مُوَقَّتٍ، فهو على وجهين: إن كان يمكن وجود الفعل في كل الوقت فهو على ذلك، ألا ترى أن الله تعالى قال: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُ﴾ [البقرة: ١٨٥]، فاقتضى ذلك وجود الصوم في جميعه.

وإن كان الفعل لا يمكن أن يدوم في جميع المدة، فاليمين على المداومة عليه على الوجه الممكن؛ لأن الإنسان يحلف على ما يقدر على الاحتراز منه.

قال أبو الحسن: قال هشام سألت محمداً عن رجل قال: والله لأَصُوْمَنَّ الأبد، قال: هي على الأبد؛ لأنه حلف على إيجاد[2] الفعل في مدة، فاقتضى وجوده في جميعها.

فإن قال: والله لا أسكن هذه الدار الأبد، قال: هذا على أن يسكنها ساعة فحنث؛ لأنه عقد على نفي الفعل، فإذا وجد اليسير منه، حنث به.

---

(١) في أ (كان).

(٢) في أ (إيجاب).

يبيّن ذلك أن الله تعالىٰ أمرنا بأفعال، ونهانا عن أفعال، فوجب علينا أن نفعل كل المأمور به، ووجب علينا أن ننتهي عن جميع ما نهىٰ عنه، وعن كل شيء منه، فإن قال: والله لأسكنها الأبد، فهذا علىٰ أن يسكنها الأبد؛ لأنه عقد يمينه علىٰ وجود الفعل.

فإن قال: والله لأجالسنّ فلاناً الأبد، فجالسه حتىٰ يعرف بمجالسته، يعني إلىٰ الممات؛ وذلك لأن الإنسان لا يمكنه أن يجالس غيره أبداً من غير مفارقة، فعلم أن المراد باليمين مداومة المجالسة [به] في الأوقات التي يجالس في مثلها من غير إعراض عن مجالسته.

فإن قال: والله لأكلمن فلاناً الأبد، قال: هذا علىٰ أن لا يمتنع من كلامه إذا التقيا؛ وذلك لأنه لا يقدر علىٰ مداومة الكلام أبداً، فحملت اليمين علىٰ إبطال الكلام إذا تلاقيا.

فإن قال: والله لا أكلم فلاناً الأبد، قال: إذا كلمه حنث؛ لأنه عقد(١) علىٰ نفي الفعل، فحنث بوجود جزء منه، فإن عنىٰ أن لا يكلمه الأبد دُيّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولم يدين في القضاء؛ لأنه نوىٰ ما يحتمله كلامه، إلا أنه غير الظاهر، فإن كانت نيته حين قال: لله عليّ أن أصوم الأبد، أن يصوم يوماً واحداً من الأبد، أو حين [٢٩٠/أ] قال: [والله] لا أصوم، قال: فهو علىٰ ما نوىٰ، قال هشام: يعني فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وهذا علىٰ ما بينا أنه ترك الظاهر(٢).



(١) في أ (حنث).
(٢) انظر: الأصل ٢/٣٠٢، ٣٠٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٧/٤٣٥.

بَابٌ
الرجل يحلف لا يفعل كذا بالكوفة والفعل يقع بسببين يكون أحدهما بالكوفة والآخر بغير الكوفة



قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال: والله لا أقتل فلاناً [بالكوفة]، أو قال: والله لا أتزوج فلانة بالكوفة، فضربه الحالف ببغداد فمات بالكوفة، أو زوّجه ولي المرأة وهي كبيرة ببغداد، فبلغها بالكوفة فأجازت، حنث في اليمينين[1] جميعاً[2].

وكذلك الوقت، لو قال: لا أفعل ذلك يوم الجمعة، فأجازت يوم الجمعة أو مات يوم الجمعة، حنث الحالف.

ولو كان حلف ليفعلن ذلك بالكوفة أو يوم الجمعة، فكان ما ذكرنا بَرَّ في يمينه؛ وذلك لأن القتل فعل مُتَعَدٍّ يتضمن الغير، فلا يصح أن يوجد اسم القاتل إلا بوجود المقتول، ومعلوم أنه صار مقتولاً بالكوفة، أو في يوم الجمعة، فصار القاتل قاتلاً حينئذٍ، ولو جعلناه قاتلاً بالجرح لم يكن المفعول مقتولاً، وهذا لا يصح.

وأما النكاح فهو عبارة عما يقع به الاستباحة، وذلك موجود عند الإجازة، فجرىٰ [العقد] الذي لا يتعلق به الاستباحة مجرىٰ الإيجاب من غير قبول.

---

(١) في أ (الوجهين).

(٢) انظر: الأصل ٢/٢٩٨، ٢٩٩.

قال: وكذلك البيع، إذا اشترىٰ عبداً بغير إذن مولاه، ثم بلغ المولىٰ فأجاز، فإنه مشترٍ يوم أجاز المولىٰ.

وقال محمد في البيع الموقوف والفاسد: أنه بائع يوم باع، ومشترٍ يوم اشترىٰ، وقال في القتل كما قال أبو يوسف.

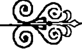
لأبي يوسف: أن الأحكام لا تتعلق بالعقد الموقوف، وإنما تتعلق بالإجازة، فصار العقد كالإيجاب.

لمحمد: أن المِلْكَ عند الإجازة يتعلق بالعقد، كما يتعلق عند إسقاط الخيار.

قال أبو الحسن: ويحتاج أن يكون السبب والمسبب جميعاً بعد اليمين، ويقع الفعل في اليوم المحلوف عليه، أو في المكان المحلوف عليه، فإن كان السبب قبل اليمين، لم يحنث، وإن وقع المسبب في غير الوقت، لم يحنث.

ومعنىٰ هذا: أنه إذا حلف لا يقتل فلاناً، فالحنث يتعلق بشرطين: أن يوجد الجرح بعد اليمين، والموت في الوقت المحلوف عليه، فأما إذا حلف لا يقتل فلاناً يوم الجمعة، وقد كان جرحه قبل يمينه فمات من تلك الجراحة يوم الجمعة، لم يحنث؛ لأن اليمين تنعقد علىٰ ما يمكن الاحتراز عنه، وهو لا يقدر علىٰ الاحتراز من جراحة سبقت، فانعقدت اليمين علىٰ جراحة مستقبلة.



بَابُ
الحلف على الفعل أن يفعل في وقت فيخرج الوقت قبل فعله



قال أبو الحسن: إذا قال الرجل: عبده [٢٩٠/ب] حر إن لم أدخل هذه الدار اليوم، أو غير ذلك من الأفعال، فمضىٰ الوقت ولم يفعل ما حلف عليه، فإنه يحنث بعد مضي الوقت بلا فصل، ولا يحنث في شيء من الوقت.

وكذلك إن صار في آخر الوقت بحال يعلم أنه لا يقدر معها أن يفعل، فإنه لا يحنث حتىٰ يخرج الوقت؛ وذلك لأن اليمين المؤقتة يتعلق انعقادها بآخر الوقت، فإذا تعذر الفعل قبل الانعقاد، لم يحنث به، وإذا لم يتعذر، انعقدت اليمين في آخر الوقت وعدم شرط البِرِّ، فحنث.

ولو كان الفعل غير مؤقت فقال: والله لأدخلنّ هذه الدار أو لأفعلنّ كذا ولم يذكر وقتاً، فصار في حال يعلم أنه لا يعيش، حنث في آخر أجزاء من الحياة.

وكذلك كل فعل يعلم أنه فاته فعله، فهو يحنث حين يعلم أنه قد عجز عن ذلك الفعل؛ وذلك لأن اليمين المطلقة منعقدة في الحال، فإذا فات شرط البر فيها، حنث.

وعلىٰ هذا قالوا فيمن قال لامرأته: أنت طالق إن لم آتِ البصرة، فمات قبل أن يأتيها: وقع الطلاق عليها في آخر جزء من [أجزاء] حياته؛ لأن شرط البر تعذر حينئذٍ في يمين منعقدة، فوقع الطلاق وورثته؛ لأنه في حكم المُطْلِّقِ في

المرض إذا كانت مدخولاً بها.

ولو ماتت هي والمسألة على حالها لم يقع الطلاق؛ لأن شرط البر لم يتعذر بموتها، ولو كان قال لها: أنت طالق إن لم تأتِ البصرة، فمات الزوج قبل أن تأتيها، لم يقع الطلاق؛ لأن شرط البر منتظر، فإن ماتت هي قبل الزوج وقع الطلاق عليها في آخر جزء من [أجزاء] حياتها، ولم يرث الزوج منها؛ لأنه أسقط حقه بالطلاق[1].



(١) انظر: الأصل ٣٥٤/٢ وما بعدها.




بَابٌ
في الهَدْم



قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال: والله لأهدِمَنّ هذه الدار، قال: فإن هدم سقوفها برّ؛ لأنه لا يقدر أن يزيل عنها اسم الدار بالهدم، ألا ترى أنه إذا هدم جميع بنائها سميت داراً، فحملت اليمين على الكسر.

قال محمد: إذا حلف لينقضَنَّ هذا الحائط أو ليهدِمَنَّه اليوم، فنقض بعضه أو هدم بعضه، ثم لم يهدم ما بقي حتى مضى اليوم، حنث.

قال: والهدم عندنا: أن يهدمه حتى يبقى منه ما لا يسمى حائطاً؛ وذلك لأن الحائط يمكن هدمه حتى يزول الاسم عنه، فانعقدت اليمين على ذلك، [قال]: فإن نوى هدم بعضه صُدِّقَ؛ لأن ذلك يسمى هدماً، بمعنى الكسر.

قال: ولو حلف ليكسِرَنَّ هذا الحائط فكسر بعضه برّ؛ لأنه يقال: حائط مكسور، فلم يعتبر [ما لم يزيل][1] اسم الحائط عنه[2].



(١) في ب (ما يزيل).
(٢) انظر: الأصل ٢/٣٠٧، ٣١٠.




بَابُ
الحلف على المعرفة



قال أبو الحسن: من عرف إنساناً بوجهه ولم يعرف اسمه، فحلف أنه لا يعرفه: برّ في يمينه [ولم يحنث؛ وذلك] [٢٩١/أ] لأن المعرفة هي معرفة العين والاسم والنسب بدلالة: ما روي أن النبي ﷺ سأل رجلاً عن رجل فقال: «هل تعرفه؟» قال: نعم، فقال: «هل تدري ما اسمه؟» قال: لا، قال: «فإنك لا تعرفه»[١]، ولأنه إن كان يعرفه من وجه فإنه لا يعرفه من وجه، فلم يكن عارفاً به في الحقيقة.

قال خلف بن أيوب، عن محمد: في رجل تزوج امرأة ودخل بها ولا يدري ما اسمها، (فحلف أنه لا يعرفها)[٢]، قال: لا يحنث؛ قال: لأن المعرفة قد بَيَّنَّا أنها على العين والاسم والنسب.

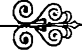
قال: ولو أن رجلاً ولد له مولود فأخرجه إلى جار له ولم يكن سَمَّاه بعد، فحلف جاره هذا أنه لا يعرف هذا الصبي، قال: هذا [يحنث][٣]؛ لأن معرفة الصبي هكذا تكون؛ وذلك لأن قبل التسمية لا يمكن معرفة اسمه، ويجوز له أن يشهد بنسبه في هذه الحال، ويستحيل أن يشهد بنسبه وهو لا يعرفه.

---

(١) أورده محمد بن الحسن في مبسوطه ٣٨٨/٣؛ وأورده أبو نعيم بصيغة أخرى، حلية الأولياء، ١٩٧/٢.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في ب (لا يحنث) والمثبت من أ.

بَابُ
الرجل يحلف على الشيء فيكون بعضه على ما حلف عليه وبعضه على غير ما حلف عليه



قال ابن سماعة وبشر وعلي، عن أبي يوسف ومحمد بن أبي رجاء، عن محمد، عن أبي يوسف في رجل حلف فقال: إن كانت هذه الحملة حنطة فامرأته طالق ثلاثاً، فإذا هي حنطة وتمر، فإنه يبر ولا يحنث.

قال ابن أبي رجاء: وهو قول محمد؛ وذلك لأن شرط الحنث أن يكون الحملة حنطة، فإذا كان بعضها حنطة فوجود بعض شرط الحنث لا يقع به الحنث.

وقال أبو يوسف: إن قال: إن كانت هذه الحملة إلا حنطة فامرأته طالق ثلاثاً، فكانت تمراً وحنطة، فإنه قد حنث، وإن كانت حنطة كلها برّ، قال: محمد بن رجاء: قال محمد: لا يحنث.

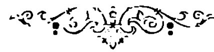
لأبي يوسف: أنه عقد على [كل] حملة واستثنى منها حملة واحدة، وهي أن تكون حنطة، فإذا كانت غيرها، حنث.

لمحمد: أن قوله إلا حنطة استثنى من اليمين، والمستثنى لا يعتبر وجوده؛ لأنه خارج عن اليمين، وهذا كما قال في الجامع: إن كان لي إلا عشرة دراهم فامرأته طالق، فكان له أقل من عشرة، لم يحنث؛ لأن العشرة مستثناة فلا يعتبر وجودها[1].

(١) انظر: الجامع الكبير ص ٤٣.

قال ابن سماعة وبشر، عن أبي يوسف في رجل حلف: إن كانت هذه الحملة إلا حنطة، فكانت حنطة وتمراً، فإن كان الحلف بطلاق أو عتاق أو حَجّ أو عُمْرة، أو قال: [علىٰ] كذا، حنث، وإن كانت بالله لزمه الكذب فيها، ولا كفارة عليه؛ وذلك لأن هذا حلف علىٰ أمر موجود [أو لأنه يمين علىٰ الماضي، فكانت غموسًا، فلا كفارة عليه][1]، فإن كان بطلاق أو عتاقٍ أو نذر لزمه، وإن كان بقسم لم ينعقد يمينه.

وكذلك إن حلف فقال: إن كانت الحملة سوىٰ حنطة أو غير [٢٩١/ب] حنطة، فهو مثل الباب الأول؛ وذلك لأن سوىٰ وغير من ألفاظ الاستثناء كـ: إلّا.



(١) الزيادة من أ.




بَابُ
يجمع مسائل شتى لم يذكرها أبو الحسن



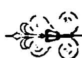
قال أصحابنا: إذا قال: والله لأكلمنك أحد يومي، أو لأخرجن أحدَ يومي، أو قال: أحد اليومين، أو قال: لأخرجن أحد أيّامي، فهذا كله على أقل من عشرة أيام، إن كلمه قبل العَشرة أو خرج قبل العشرة، لم يحنث، ويدخل في ذلك الليل والنهار؛ [وذلك] لأن هذا يذكر على طريق التقريب، ولا يراد به يومان بأعيانهما، وما دون العشرة في حكم الزمان الحاضر.

فإن قال: والله لأخرجن أحد يومي هذين، فهذا على يومه ذلك والغد؛ لأنه أشار إلى اليومين، والإشارة تقع إلى مُعَيَّن.

٢٢٥٣ـ فَصْل: [الحنث في الاستثناء]

وإذا حلف لا يكلم فلاناً وفلاناً هذه السنة إلا يوماً، فإن جمع كلامهما في يوم، فله استثناؤه؛ لأن اليوم الذي يكلِّمهما فيه خارج عن اليمين، فإن [كلم](١) أحدهما في يوم والآخر في يوم، حنث؛ وذلك لأن المستثنى أن يجمع كلامهما في يوم واحد، فإذا كلمهما في غير اليوم المستثنى، حنث، فإن كلم أحدهما ثم كلمهما في يوم، لم يحنث؛ وذلك لأن اليوم الذي كلمهما فيه مستثنى، والحنث يقع في غيره بكلامهما لا بكلام أحدهما، فإن كلمهما في يوم آخر لم يحنث؛ لأن الاستثناء وقع على يوم منكر وكلمهما فيه، فكأنه قال: إلا يوماً أكلمهما فيه.

---
(١) في ب (كلمه) والمثبت من أ.

ولو استثنىٰ يوماً معروفاً فكلم أحدهما فيه والآخر في الغد، لم يحنث؛ لأنه لا يحنث في غير اليوم المستثنىٰ إلا بكلامهما.

وقال محمد: إذا قال: لا أكلمهما إلا يوماً، لم يحنث بكلامهما في يوم واحد، فإن كلمهما في يوم آخر، حنث؛ لأنه لم يستثن إلا يوماً واحداً، وقد وجِدَ، فصارت اليمين بعده مطلقة.

وروىٰ هشام عن محمد: إذا قال: لا أكلِّمهما إلا شهراً إلا يوماً أو غير يوم، أنه علىٰ ما نوىٰ، وإن لم يكن له نية فله أن يتحرىٰ أي يوم شاء؛ لأنه استثنىٰ يوماً منكراً، فكل يوم من الشهر يصلح للاستثناء.

فإن قال: نقصان يوم، فهذا علىٰ تسعة وعشرين يوماً؛ لأن نقصان الشيء يكون من آخره.

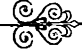
٢٢٥٤ـ فَصْل: [تخصيص العام في الحنث]

روىٰ الفضل بن غانم عن أبي يوسف: في رجل حلف لا يأكل حراماً، فاضطر إلىٰ ميتة فأكلها، قال: لا يحنث، وقال معلىٰ عن أبي يوسف: هو حانث في اليمين، وإثمه موضوع [عنه].

وجه الرواية التي قال يحنث، وهو المشهور من قولهم[١]: إن اليمين قد تناولت الميتة، بدلالة أنه لو أكلها في غير حال الضرورة حنث، فإذا أبيحت للضرورة لم تخرج من كونها محلوفاً عليها، كالفعل المكره عليه.

وجه الرواية الأخرىٰ: أن [٢٩٢/أ] الميتة عند الضرورة كالطعام المباح،

(١) في أ (عنهم).

فصارت كسائر الأطعمة.

قال خلف بن أيوب: سألت أسد بن عمرو عمّن حلف لا يأكل حراماً فأكل لحم كلب، أو قرد، أو حدأة، أو غراب، قال: إن قال: لم أعنه ديّنته، وإن عناه حنث؛ وذلك [لأنّ] إطلاق التحريم يتناول ما لا يسوغ فيه الاجتهاد، وما دليله مقطوع به، وهذا لا يوجد في هذه اللحوم.

قال خلف: وسألت الحسن فقال: هذا كله حرام؛ لأن الدلالة قد دلت على تحريمه، فلا يعتبر بالاختلاف.

وقد روى مُعَلَّى عن أبي يوسف ومحمد: فيمن حلف لا يركب حراماً، قال: هذا على الزنا؛ لأن الركوب المحرم بمعنى يعود إلى عينه، هو الزنا.

قال محمد: وإن كان الحالف خصيًّا أو مَجْبوباً، قال: هذا على القبلة الحرام وما أشبهها.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: فيمن حلف لا يطأ امرأة وَطْئاً حراماً، فوطئ امرأته وقد ظاهر منها، أو وهي حائض، قال: لا يحنث، إلا أن ينوي ذلك؛ لأن إطلاق التحريم لا يتناول التحريم العارض، كما لا يتناوله وطء المريضة.

٢٢٥٥ ـ فَصْل: [لزوم الغريم حتى يستوفيه]

وقالوا: إذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي ما عليه، فاشترى منه شيئاً على أن البائع بالخيار ثم فارقه، حنث؛ لأن الثمن لم يستحق على المشتري، فلم يصر مستوفياً.

قال: فإن أخذ به رهناً أو كفيلاً من غير براءة المكفول عنه ثم فارقه، فإنه

يحنث ؛ لأن الحق في الذمة بحاله ، فإن هلك الرهن قبل الافتراق (برّ في يمينه ؛ لأنه صار مستوفياً من طريق الحكم ، وإن هلك بعد الافتراق)[1] لم يبر ؛ لأنه فارقه قبل الاستيفاء.

وقال أبو يوسف في رجل له علىٰ امرأة دين ، فحلف أن لا يفارقها حتىٰ يستوفي ، ثم تَزَوَّجَها عليه وَفارقها ، وكانت عقدة النكاح جائزة ، فإنه قد برّ في يمينه ؛ لأنه وجب في ذمته مثل دينه ، وصار قصاصاً ، وإن كان بالنكاح فاسداً ولم يدخل بها ، حنث ؛ وذلك لأن المهر لا يجب بالنكاح الفاسد ، فلم يصر مستوفياً ، فإن دخل بها قبل أن يفارقها ومهر مثلها مثل الدين أو أكثر ، لم يحنث ؛ لأن المهر وجب عليه بالدخول ، فصار مستوفياً ، فإن كان العقد صحيحاً فوقعت الفرقة بسبب من جهتها وسقط مهرها وفارَقها ، لم يحنث ؛ وذلك لأن الدين سقط بالعقد ، وإنما عاد له بدين بالفرقة بعد انحلال اليمين ، فلا يحنث.

وقالوا: إذا حلف ليزِنَنَّ ما عليه ، فأعطاه عدداً فكانت وِزَانه ، حنث ؛ لأنه حلف علىٰ الوزن ولم يفعل الوزن.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال: والله لا أقبض ما لي عليك إلا جميعاً ، وله [عليه] عشرة دراهم ، وعلىٰ الطالب لرجل خمسة ، فأمر [٢٩٢/ب] الذي له [عليه] الخمسة هذا الحالف ، أن يحتسب المطلوب بالخمسة التي عليه ويجعلها قصاصاً ، ودَفع [فلان] المطلوب إلىٰ الحالف خمسة ، فكأنه قال: إذا كان متواتراً فهو جائز ؛ وذلك لأن الاستيفاء دفعه يقع علىٰ القبض في حالة واحدة وإن تفرق الوزن ، ألا ترىٰ أن الدين يكون مالاً كثيراً ، فلا يمكن وزنه (في كفة)[2] واحدة.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في أ (دفعة).

وقد روىٰ ابن رستم، عن محمد فيمن قال: والله لا آخذ مالي عليك إلا ضربة [واحدة]، فوزن خمسمائة وأخذها، ثم وزن خمسمائة وأخذها، قال: قد أخذها ضربة؛ لأن هذا لا[1] يعد متفرقاً، قال: وكذلك لو جعل يزنها درهماً درهماً.

قال محمد في الجامع: إذا كان له عليه ألف [درهم] فقال: عبده حر إن أخذ[تها] منك اليوم درهماً دون درهم، فأخذ منه خمسمائة[2] ولم يأخذ ما بقي، لم يحنث؛ لأن يمينه علىٰ أخذها متفرقة في اليوم، ولم يأخذها، وإنما أخذ بعضها[3].

ولو قال: عبده حر إن أخذها[4] اليوم منك درهماً دون درهم، فأخذ منها خمسة دراهم، ثم لم يأخذ ما بقي حتىٰ غربت الشمس، حنث حين أخذ الخمسة؛ لأن يمينه علىٰ أخذ بعضها متفرقاً.

ولو قال: عبده حر إن أخذها اليوم درهماً دون درهم، فأخذ في أول النهار بعضها وفي آخره الباقي، حنث؛ لأنه قد أخذها في يومه متفرقة.

وقال أصحابنا: إذا حلف لا [يفارق غريمه حتىٰ][5] يستوفي ماله عليه، فهرب أو كابره علىٰ نفسه أو منعه منه إنسان كرهاً حتىٰ ذهب، لم يحنث الحالف؛ لأنه حلف علىٰ فعل نفسه، ولم يوجد منه مفارقة.

ولو كان قال: لا تفارقني حتىٰ آخذ مالي عليك حنث؛ لأنه حلف علىٰ فعل

---

(١) في أ (يعد).
(٢) في أ (خمسة).
(٣) انظر: الجامع الكبير ص٤٤.
(٤) في أ (إن أخذت منها).
(٥) في ب (لا يفارقه علىٰ يستوفي) والمثبت من أ.

الغريم وقد وجد [منه][1].

٢٢٥٦ ـ فَصْل: [تحرير أول عبد يشتريه]

وإذا قال: أول عبد أشتريه فهو حر، فالأول الواحد المنفرد الذي ليس قبله عبدٌ مشترىٰ، فإن اشترىٰ بعد يمينه عبداً آخر، عتق؛ وذلك لأنه استحق الأول وهو المنفرد الذي لا يتقدمه غيره، فإن اشترىٰ عبداً ونصف عبد عتق العبد الكامل؛ لأن العبد منفرد عن [نصف] عبد في الشراء، ألا ترىٰ أن نصف العبد لا يسمىٰ عبداً، فهو كما لو اشترىٰ عبداً وثوباً.

وليس كذلك إذا قال: أول كرّ أشتريه صدقة، فاشترىٰ كُرًّا ونصفًا، لم يتصدق بشيء؛ لأن الكر ليس بأول، ألا ترىٰ أنا إذا عزلنا كرًّا فالنصف الباقي مع نصف المعزول يسمىٰ كرًّا، فلم يكن هذا أولاً.

فإن كان أول ما اشترىٰ عبدين لم يعتق واحد منهما، ولم يعتق ما يشتري بعدهما؛ لأن كل واحد منهما ليس بمنفرد، فلا يكون أولاً، وما بعدهما ليس بسابق فلا يستحق الصفة.

فإن قال: آخر عبد أشتريه فهو [٢٩٣/أ] حرٌّ، فهذا علىٰ أن يشتري عبدًا واحدًا منفردًا بعد غيره؛ لأن الآخر في الزمان هو المنفرد الذي تقدمه غيره، وليس كذلك القديم سبحانه [وتعالىٰ أنّه] يوصف بالأول والآخر؛ لأنه كان موجوداً ولا زمان، وإنما يوصف بالأول لتقدمه الأشياء، وبالآخر لبقائه بعدها، ويعرف الآخر[2]

(١) انظر: الأصل ٣٥٨/٢، ٣٥٩.

(٢) في أ (ذلك).




بموت الحالف، فإذا مات قبل أن يشتري غيره[1] استحق الاسم، وما لم يمت لا يعلم أنه الآخر؛ لجواز أن يشتري غيره، ولا يدخل الأول في هذه اليمين؛ لأنه استحق اسم الأول فلا يستحق اسم الآخر في الزمان.

واختلف أصحابنا متىٰ يعتق هذا العبد الآخر؟ فقال أبو حنيفة: إذا مات [الحالف] حكمت بعتقه [من] يوم اشتراه؛ لأنه استحق صفة الآخر عند الشراء، وإنما لم أحكم بوقوع العتق لجواز أن يزول عنه الصفة، فإذا لم تزل عتق في تلك الحالة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يعتق في آخر جزء من [أجزاء] حياته؛ لأنه لم يصر آخرًا إلا عند عجز المولىٰ عن شراء غيره.

وفائدة هذا الخلاف: أن عند أبي حنيفة يعتق من جميع المال، وعندهما: من الثُلُث.

فإن قال: أوسط عبد أشتريه حرّ؛ فالأوسط واحد ما قبله من العدد مساوٍ لما بعده، وهذا أيضاً يعرف بموت الحالف، ولا يكون الأول ولا الآخر أوسطاً أبداً، ولا يكون الأوسط إلا في وتر، ولا يكون في شفع، فإذا اشترىٰ عبداً ثم عبداً ثم عبداً، فالثاني هو الأوسط، وإن اشترىٰ رابعاً خرج الثاني من أن يكون أوسط، فإن اشترىٰ خامساً صار الثالث هو الأوسط، فإن اشترىٰ سادساً خرج من أن يكون أوسط، وعلىٰ هذا كلما صار العدد شفعاً فلا وسط له، وكل مَنْ حصل في النصف الأول خرج من أن يكون وسطاً[2].

---

(١) في أ (شيئًا عتق ما استحق الاسم).

(٢) انظر: الجامع الكبير ص٥١.

٢٢٥٧ ـ فَصْل: في الأيمان يكذب بعضها بعضًا

قال بشر عن أبي يوسف فيمن قال: والله ما دخلت هذه الدار، ثم قال: عبده حر إن لم يكن قد دخلها، فإن عبده لا يعتق ولا كفارة عليه في اليمين، وهذا قول محمد، (ثم رجع أبو يوسف)[(١)]؛ وذلك لأنه لما قال: والله ما دخلتها، فإن كان صادقاً فلا كفارة [عليه]، وإن كان كاذبًا فهي يمين الغموس، وإن كان جاهلاً فهي يمين اللغو فلا كفارة فيها، ولا يعتق عبده؛ لأن الحنث في اليمين الأول ليس مما يحكم به الحاكم حتى يصير الحكم به [إكذابًا للثانية][(٢)]، فلا يعتق العبد.

فإن كانت اليمين الأولى بعتق أو طلاق، حنث في اليمينين جميعاً في قول أبي يوسف الأول، وهو قول محمد، ثم رجع أبو يوسف فقال: إذا قال بعدما حلف بالأولى: أوهمت أو نسيت، وحلف بطلاق آخر وعتاق أنه دخلها، لزمه الأول ولم يلزمه الآخر [٢٩٣/ب].

وجه قوله الأول: أنه أكذب نفسه في كل واحدة من اليمينين بالأخرى، واعترف بوقوع ما حلف به، فحنث.

وجه قوله الآخر: أنه أكذب نفسه في اليمين الأولى بالآخرة، ولم يكذب نفسه في الثانية بعدما عقدها، فالإكذاب قبل عقدها لا يتعلق به حكم فلا يحنث فيها، وإن رجع وحلف ثالثاً لم يعتق الثالث وعتق الثاني؛ لأنه أكذب نفسه بعدما حلف عليه[(٣)].

---

(١) ساقطة من أ.

(٢) في ب (آخذًا بالثانية) والمثبت من أ.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٢٤/٧ وما بعدها.

٢٢٥٨ـ فَصْـل: [الاستثناء بإن شاء الله في الحلف بالطلاق]

قال أصحابنا: إذا حلف بطلاق أو عتاق واستثنىٰ بإن شاء الله، سقطت اليمين، وقد بينا ذلك.

قالوا: وكذلك إذا قال: ما شاء الله، أو فيما شاء الله، وكذلك لو قال: بقضاء الله، أو بقدر الله، أو بما أحب الله، أو بما أراد الله.

ولو قال: إن أعانني الله، أو بمعونة الله، يريد بذلك الاستثناء فهو مستثنٍ فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأن الوقوع لا يحتاج إلىٰ إعانة، فلم يتعلق ذلك بشرط، إلا أنه يصدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ.

(ولو قال: لا أكلمك إن يسر الله، كان مستثنيًا، ولو قال بتيسير الله، فهذا محال، وإن نوىٰ به الاستثناء كان مستثنيًا فيما بينه وبين الله تعالىٰ)[(١)][(٢)].

٢٢٥٩ـ فَصْـل: [الحلف بالبيع بسعر معين ثم البيع بأقل من ذلك]

روىٰ بشر عن أبي يوسف: إذا حلف لا يبيع عبده إلا بعشرة فباعه بخمسة ودينار، حنث؛ لأنه منع نفسه من كل بيع واستثنىٰ بيعًا بصفة، وهو أن يكون بعشرة، فإذا لم يوجد عشرة، حنث، فإن باعه بعشرة ودينار، لم يحنث؛ لأنه صار بائعاً بالعشرة وإن كان معها غيرها.

وروىٰ هشام عن أبي يوسف في رجل قال: والله لا أبيعك هذا الثوب بعشرة حتىٰ تزيدني، فباعه بتسعة، قال: لا يحنث في القياس، وفي الاستحسان يحنث،

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤٢٢/٧ وما بعدها.




وبالقياس نأخذ.

وجه القياس: أنه حلف أن لا يبيعه بالعشرة حتىٰ يزيده عليها، فإذا باعه بتسعة فلم يبعه بالعشرة، فلا يدخل ذلك في اليمين.

وجه الاستحسان: أن قوله: لا أبيعك بعشرة حتىٰ تزيدني، المراد في العادة: لا أبيعك إلا بأكثر من عشرة.

وقال مُعَلَّىٰ عن محمد: إذا حلف لا يبيع هذا الثوب بعشرة إلا بزيادة، قال: إن باعه بأقل من عشرة أو بعشرة، فإنه حانث، وهذا بمنزلة قوله: إلا بزيادة علىٰ العشرة؛ لأنه منع نفسه من كل بيع واستثنىٰ بيعًا واحدًا: وهو الذي يزيد ثمنه علىٰ العشرة.

ولو قال: حتىٰ أزداد، فباعه بعشرة، حنث، وإن باعه بأقل أو أكثر، لم يحنث؛ لأنه حلف علىٰ بيع بصفة، وهو أن [يبيع][1] بعشرة، فإذا باع بتسعة لم يوجد المحلوف عليه.

ولو قال: عبده حر إن اشتراه باثني عشر، فاشتراه بثلاثة عشر وباثني عشر ودينارٍ حنث؛ لأنه مشترٍ بما حلف عليه وإن كان معه [٢٩٤/أ] زيادة.

٢٢٦٠ـ فَصْل: [تعليق اليمين علىٰ المشي إلىٰ بيت الله تعالىٰ]

قال أصحابنا: إذا قال: إن فعلت كذا فعليَّ المشي إلىٰ بيت الله، أو الكعبة، أو مكة، فالقياس: أن لا يلزمه شيء، والاستحسان: أن يلزمه حجة أو عمرة.

وجه القياس: أن المشي ليس بقربة، والقربة في الإحرام، وذلك ليس في لفظه.

(١) في ب (يقع) والمثبت من أ.




وجه الاستحسان: ما وري أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلىٰ بيت الله حافية حاسرة، فذكر عقبة ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «**مرها فلتركب ولتهد شاة وتحرم إن شاءت بحجة وإن شاءت بعمرة**»[1]، ولأن هذا اللفظ يذكر في العادة ويراد به إيجاب الإحرام، فصار المعتاد كالمنطوق، والإحرام يكون بالحج أو بالعمرة، فلزمه أحدهما.

وقد قال أصحابنا: إنه يلزمه في ثلاثة ألفاظ بلا خلاف: إذا قال: [عليّ] المشي إلىٰ مكة، أو بيت الله؛ لأن العادة جرت بإيجاب الإحرام بهذين اللفظين، [وكذلك الكعبة؛ لأنها هي بيت الله.

واختلفوا في قوله]: إذا قال إلىٰ الحرم، أو إلىٰ المسجد الحرام.

قال أبو حنيفة: لا يلزمه شيء؛ لأن العادة لم تجر بالإيجاب بهذا اللفظ، فبقي علىٰ أصل القياس، وقالا: يلزمه؛ لأنها بقعة تشتمل علىٰ البيت كمكة.

ولم يوجبوا عليه [شيئًا] في لفظين بالإجماع: إذا قال: عَليّ الذهاب إلىٰ مكة، أو الركوب، أو السفر [لم يلزمه شيء]؛ وذلك لأن العادة لم تجر بإيجاب الإحرام بهذا اللفظ؛ ولأنه لم يذكر لفظاً يتضمن زيادة صفة في الإحرام، وإذا ذكر المشي فقد ذكر زيادة صفة.

وإذا ثبت أنه يلزمه الإحرام فإن خرج[2] ماشياً، لزمه المشي حتىٰ يطوف طواف الزيارة؛ لأنه فرغ من أركان الإحرام، وإن ركب فعليه شاة؛ لما روي أن

---

(١) أخرجه أبو داود بلفظ (بدنة) (٣٣٠٣)، وبلفظ (هديا) (٣٢٩٦)؛ والترمذي (١٥٣٦)؛ وابن ماجه بلفظ آخر (٢١٣٤).

(٢) في أ (أحرم).

النبي ﷺ قال لعقبة بن عامر: «**إن الله غني عن غنى أختك، قل لها تركب، ولتهد شاة، ولتحرم إن شاءت بحجة وإن شاءت بعمرة**»[(١)].

٢٢٦١ - فَصْل: [النذر بنحر ولده]

قال أبو حنيفة ومحمد: إذا نذر بنحر[(٢)] ولده، لزمه ذبح شاة استحساناً، وقال أبو يوسف: لا يلزمه شيء.

وجه قولهما: أن ذبح الولد في الشرع عبارة عن ذبح شاة، بدلالة أن الله تعالى أمر إبراهيم عليه السلام حين نذر ذبح ولده أن يفي بنذره ثم أمره بذبح شاة، وقال: ﴿قَدْ صَدَّقْتَ ٱلرُّءْيَآ﴾ [الصافات: ١٠٥]، فدل على أن الأمر بالذبح تناول ما قام مقامه، وقد أمرنا الله تعالى بالاقتداء بإبراهيم فقال: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَى ٱللَّهُۖ فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقْتَدِهْ﴾ [الأنعام: ٩٠]، وقال: ﴿وَٱتَّبَعَ مِلَّةَ إِبْرَٰهِيمَ حَنِيفًا﴾ [النساء: ١٢٥]، وروي أن النبي ﷺ قال: «**أنا ابن الذبيحين**»[(٣)] يعني إسماعيل عليه السلام حين نذر إبراهيم عليه السلام ذبحه، وأباه عبد الله حين نذر عبد المطلب ذبحه، فسميا ذبيحين حين ذبح [عنهما] ما قام مقامهما.

وقد روي أن رجلاً سأل ابن عباس [٢٩٤/ب] فقال: إني نذرت نحر ولدي، فقال: عليك مائة بدنة، واسأل ذلك الشيخ، فأشار إلى مسروق بن الأجدَع، فأتاه

---

(١) انظر: الأصل ٣٦٦/٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٤٥٥/٧.
(٢) في أ (ذبح).
(٣) أخرجه أبو القاسم في تاريخ دمشق، ٢٠٥/٦، ٢٠١/٥٦.
قال الزيلعي في تخريج الأحاديث والآثار: (غريب) ١٧٧/٣، وفي كشف الخفاء: «.. قال الزيلعي وابن حجر في تخريج أحاديثه: لم نجده بهذا اللفظ، وفي المقاصد رواه الحاكم»، وساق الرواية ثم قال: «والحديث حسن، بل صححه الحاكم والذهبي لتقويه بتعدد طرقه» ٢٣٠/١.




فسأله، فقال: عليك شاة، فقال ابن عباس: وأنا أرىٰ مثل ذلك[1].

وجه قول أبي يوسف: قوله ﷺ: «**لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم**»[2]؛ ولأنه نذر ما لا يلزمه الوفاء به، فصار كنذر المعصية.

وأما إذا نذر نحر عبده فقال أبو حنيفة: لا يلزمه شيء؛ لأن القياس أن لا يلزمه بحال، وإنما تركنا القياس في الولد للأثر، فما سواه علىٰ أصل القياس.

قال محمد: يلزمه شاة؛ لأنه أملك لعبده منه لابنه [وأكثر ولاية عليه من ولده][3].

وأما إذا نذر نحر نفسه: فروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا يلزمه شيء لما ذكرنا في العبد.

وروي عن محمد: أنه يلزمه شاة؛ لأن ما جاز أن يلزمه عن ابنه، جاز أن يلزمه عن نفسه: كالأضحية [وصدقة الفطر][4].

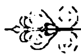
٢٢٦٢ ـ فَصْل: [الحلف بالمعصية]

قال أصحابنا: إذا حلف علىٰ معصية، لزمه أن يحنث وعليه الكفارة، وقال الشعبي: لا شيء عليه.

لنا ما روي في حديث عبد الرحمن بن سمرة أن النبي عليه السلام قال: «**من حلف علىٰ يمين فرأىٰ غيرها خيراً منها، فليأت الذي هو خير، وليكفر عن يمينه**»،

---

(١) انظر: تفسير ابن عطية، ص ١٥٨٥ (ابن حزم).
(٢) أخرجه مسلم (١٦٤١).
(٣) الزيادة من أ.
(٤) الزيادة من أ.

وحُكي أن أبا حنيفة سأل الشعبي عن هذه المسألة فقال: لا كفارة عليه، فقال أبو حنيفة: أليس جعل الله تعالىٰ الظهار منكراً من القول وزوراً وأوجب فيه الكفارة، فقال [له] الشعبي: أنت من الأوّابين.

٢٢٦٣ - مَسْألة: [تعليق طلاق الأمة بموت المولىٰ]

وإذا تزوج الرجل بأمة فقال: إذا مات مولاك فأنت طالق اثنتين، فمات المولىٰ وهو وارثه لا وارث له غيره، طلقت اثنتين وحرمت عليه عند أبي يوسف، وقال محمد: لا تطلق ولا تحرم.

لأبي يوسف: أن شرط الطلاق الموت، فيقع الطلاق(١) عقيبه، وعقيب الموت يزول ملك الميت وينتقل إلىٰ الوارث في الحالة الثانية، فيصادف الطلاق النكاح؛ لأن الملك لا يقع في الحالة الثانية، فيقع الطلاق وتحرم، فلا تحل له [أن ينكحها](٢) وإن ملكها.

لمحمد: أن عقيب الطلاق النكاح غير مستقر؛ [لأنه يفضي إلىٰ الزوال، والطلاق لا يقع إلا في نكاح مستقر](٣).

قال الزوج: إذا مات مولاك فأنت حرة، فلم تعتق في قولهم؛ لأنه عتق في غير ملك، ولا مضاف إلىٰ ملك.

فإن قال: إذا مات مولاك فملكتك فأنت حرة، ثم مات المولىٰ والزوج وارثه عتقت؛ لأنه عتق مضافاً إلىٰ الملك.

---

(١) في أ (فيقع عقيب الموت).
(٢) الزيادة من أ.
(٣) في ب (فأجاز) والمثبت من أ.

(فإذا قال: إذا مات مولاك فملكتك فأنت طالق، لم يقع الطلاق في قولهم؛ لأنه إذا ملكها زال النكاح)[1].

٢٢٦٤ - فَصْل: [تعليق الحرية بموت فلان]

وإذا قال الرجل لأمته: إذا مات فلان فأنت حرة، ثم باعها من فلان، ثم تَزَوَّجَها، ثم قال لها: إذا مات مولاك فأنت طالق اثنتين، ثم مات المولىٰ وهو وارثه، قال أبو يوسف: يقع الطلاق، ولا يقع العتاق، وقال محمد: لا يقعان [٢٩٥/أ] جمعياً، وقال زفر: يقع العتاق ولا يقع الطلاق.

أما وقوع الطلاق علىٰ قول أبي يوسف: فقد بينا وجهه، وأما امتناع وقوع الطلاق عند محمد: فقد بيناه.

وأما العتق فقال أبو يوسف ومحمد: لا يقع؛ لأن عند أبي يوسف عقيب الموت لا يملكه الوارث، فقد علق العتق بحالةٍ لا يملكها فيها، وكذلك يقول محمد.

وأما زفر فيقول: [علّق][2] علىٰ العتق في ملكه، ووجد الشرط في الملك، فما بين ذلك لا يعتبر، كمن قال لأمته: إن دخلت الدار فأنت حرة، ثم باعها، ثم اشتراها فدخلت الدار [عتقت][3].

[تمّ كتاب الأيمان، فلله الحمد والامتنان، والصلاة [والسلام] علىٰ نبيه محمد وآله. يتلوه كتاب الإجارات][4].

(١) ساقطة من أ.
(٢) في ب (عقد) والمثبت من أ.
(٣) الزيادة من أ.
(٤) ما بين المعقوفتين، زيدت من أ.

[٥٢] كتاب الإجَارَاتِ

قال رحمه الله تعالىٰ: الإجارة عقد علىٰ المنافع بعوض، وهو خلاف النكاح؛ لأنه عقد علىٰ استباحة منافع البُضْعِ بعوض، والعقد علىٰ المنافع علىٰ ضربين: عقد بعوض يسمىٰ إجارة، وعقد بغير عوض: وهو العارية، والوصية بالمنافع.

والأصل في جواز الإجارة قوله تعالىٰ حكاية عن شعيب عليه السلام: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧]، وما ثبت في شرائع من قبلنا فهو لازم لنا، إلا أن يدل دليل علىٰ نسخه(١)، ولأن النبي ﷺ بُعث والناس يستأجرون ولم ينكر ذلك، وقال عليه السلام: «**من استأجر أجيراً فليعلمه أجره**»(٢)، ومرّ علىٰ رافع بن خديج وهو في حائط فأعجبه فقال: «**لمن هذا؟**» فقال: لي استأجرته، فقال عليه السلام: «**لا تستأجره بشيء منه**»(٣)، فلو كان العقد لا يجوز بكل حال، لما كان للتخصيص معنىٰ.

ولأن المنافع علىٰ ضربين: منافع البُضْع، و[منافع] غير البُضْع، فإذا جاز العقد علىٰ أحدهما جاز علىٰ الآخر، ولا يقال: إنه عقد علىٰ المعدوم، وعلىٰ ما لا يملك الإنسان؛ لأن ملك الأصل الذي يتولد منه المنافع جعل كملكها في باب

---

(١) انظر: تفسير ابن عطية، ص ١٤٤٠.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ مرفوعًا ١٢٠/٦؛ وأبو حنيفة في مسنده رواية أبي نعيم الأصبهاني ٨٩/١؛ من مرسل إبراهيم. انظر: نصب الراية ١٣١/٤.

(٣) أخرجه محمد بن الحسن في كتاب الآثار، ص ١٧٢.




جواز العقد[1]، ألا ترىٰ أن المنافع لا توجد سوىٰ المنافع التي تحدث علىٰ ملكه.

وذكر أبو الحسن حديث أبي هريرة وأبي سعيد قال: قال رسول الله ﷺ: «**من استأجر أجيراً فليعلمه أجره**»، وإنما ذكر هذا الخبر ليستدل به علىٰ جواز الإجارة، وعلىٰ أن البدل فيها يجب أن يكون معلوماً، وعلىٰ أن البدل في الإجارة في حكم الثمن في البيع؛ لأنه ﷺ قال: «**من أسلم فليسلم في كيل معلوم**»[2]، وقال في الإجارة: «**من استأجر أجيراً فليعلمه أجره**»، وهذا خبر طويل ذكره محمد، وإنما اختصره أبو الحسن وذكر منه ما يخص الإجارة.

وذكر حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**أعط الأجير أجره قبل أن يجف عرقه**»[3]، وهذا يدل علىٰ جواز الإجارة، وعلىٰ أن الأجرة لا تجب بالعقد، وإنما تجب بإيفاء العمل؛ لأنه أمر بتسليم[4] الأجرة عند الفراغ من العمل، فلو كان الوجوب [٢٩٥/ب] يتعلق بالعقد لأمر بتسليم الأجرة حين الوجوب؛ لأنه هو المقصود.

وذكر حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومن كنت خصمه خصمته: رَجل أعطىٰ بي ثم غدر، ورجل باع حراً وأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفىٰ عمله منه ولم يوفه أجره**»[5]، قال:

---

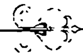
(١) في أ زيادة (عليها).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٢٤)؛ ومسلم (١٦٠٤).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٤٤٣)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٦/١٢٠؛ «ورواه الطبراني في الأوسط، وفيه شرقي بن قطامي، وهو ضعيف» كما في مجمع الزوائد، ٤/٩٨.

(٤) في أ (بإيفاء).

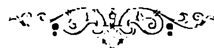
(٥) أخرجه البخاري (٢١١٤).




وهذا الخبر يدل على جواز الإجارة، وأن الأجر لا يجب بالعقد؛ لأنه ذَمَّه على تأخيرها عند الفراغ من العمل، فدل على أن ذلك ابتداء الوجوب.

فأما قوله: «**رجل أعطى بي ثم غدر**» فمعناه: من أعطى [الذمة][1] برسول الله ﷺ؛ ولهذا كان إذا بعث سَرِيَّةً قال في وصيته: «**فإن أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تفعلوا، ولكن أعطوهم ذممكم وذمم آبائكم، فإنكم إن تخفروا ذممكم وذمم آبائكم خير من أن تخفروا ذمة الله وذمة رسوله**»[2].

وأما قوله: «**رجل باع حراً فأكل ثمنه**»: فإنما [ذكر][3] البيع والثمن على وجه المجاز، بمعنى أنهما قصدا البيع وسميا [بدلاً] على أنه ثمن، وإلا فالبيع باطل ولا ثمن له.



(١) في ب (الذمام) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه مسلم (١٧٣١) في حديث طويل من حديث بريدة رضي الله عنه.

(٣) في ب (أراد) والمثبت من أ.

بَابُ
جامع في الإجارات



قال أبو الحسن: الإجارة عقد على منافع الأعيان، فمنها ما يشترط للمستأجر الانتفاع به، ومنها ما يشترط على المستأجر العمل فيه، وفي كل ذلك لا بد من أن يقع العقد فيه على مستأجَرٍ معلوم وأَجْرٍ معلوم ووقت معلوم، [فيما وقع على الوقت، ومسافة معلومة فيما وقع على المسافة، وعمل معلوم][1] فيما وقع على وقت العمل.

قال: وهذا التقسيم صحيح؛ لأن العقد إما أن يقع على ما ينتفع به، مثل استئجار الدُّوْرِ والمنازل والحَوَانِيْت والضِّيَاع، وسائر العقارات، وعبيد الخدمة، والدواب للركوب والحمل، والثياب، والحلي للُّبْس، والأواني والظروف للاستعمال، فالعقد جائز في هذا كله.

وما ذكرناه من الدلالة على جواز الإجارة قد دلّ عليه، وقد دلّ على إجارة العقار حديث رافع بن خديج، وقد دلّ على إجارة الحيوان ما روي أن رجلاً قال للنبي ﷺ: إني أكري إبلي إلى مكة، فهل لي من حج؟ فنزل قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾[2] [البقرة: ١٩٨]، فالإجارة في هذا كله واقعة على منافع العين المستأجرة.

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب، والمثبت من أ.
(٢) الحديث ذكر هنا مختصرًا، وقد رواه بطوله أبو داود (١٧٣٣) من حديث أبي أمامة، وسؤاله ابن عمر، وجوابه؛ ورواه أحمد في المسند ٢/١٥٥؛ ومحمد بن الحسن في الأصل ٣/٤٢٧.

وأما القسم الثاني: فهو استئجار الصُّنَّاع على الأعمال، كالقَصَّار والخَيّاط، والصَّبَّاغ، والنَّجَّار، والإسْكَاف، والبَنَّاء، وسائر من يشترط عليه العمل من سائر الأعمال، فهذا مستأجر على إيقاع العمل في الأعيان، وقد دلّ على جواز هذه الإجارة عموم الأخبار التي قدمناها، وقوله ﷺ: «**من استأجر أجيراً فليعلمه أجره**»، ولأن الناس يعقدون هذه العقود في سائر الأعصار من غير نكير.

قال: ومن استؤجر (على شيء من هذه الأعمال)(١) فلم يشترط عليه أن يعمل بيده، فله أن يعمله بنفسه [٢٩٦/أ] وأُجَرائِهِ؛ وذلك لأن المعقود عليه هو العمل، وذلك موجود في فعله وفعل غيره؛ ولأن عمل أُجَرَائه يقع له فكأنه عمل بنفسه.

وليس كذلك إذا اشترط عليه عمله بنفسه؛ لأن العقد وقع على منفعة من عين، فلا يجوز تسليمها من عين أخرى: كمن استأجر بعيراً بعينه للحمل لم يجبر على أخذ غيره، ولو استأجر على الحمل ولم يعين بعيرًا، [جاز للمؤاجر أن يسلم أيّ بعير شاء](٢)(٣).



(١) في أ (لهذه الأعمال).

(٢) في ب (كان للمؤجر أن يسلمه إليه أي بعير شاء) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٤٢٦/٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٨٣/٣ وما بعدها.

بَابُ
التسليم فيما وقع عليه عقد الإجارة



قال أبو الحسن: ما وقع عليه عقد الإجارة من عمل أو عين ينتفع بها فهو المبتدئ بتسليمه قبل الأجر منتفعًا به، كان ما وقع العقد عليه [عينًا] أو عملاً؛ وذلك لأن الأجرة لا تجب عندنا بالعقد المطلق، وإنما تجب فيه باستيفاء العمل، أو بوجود التسليم على صفة مخصوصة [فما لم يوجد] ذلك، لم يجز حبس المنافع المعقود عليها ببدل، لم يجب تسليمه، كمن باع عبداً بثمن مؤجل، لم يجز له حبسه بالثمن.

فأما إذا شرط في عقد الإجارة تعجيل البدل وجب تعجيله عندنا، وكان للمؤجر حبس ما وقع عليه العقد (كما وجب حبس المبيع)[1] إلى أن يستوفي الثمن، [وذكر الحسن في جامعه: أنّ المنافع والأجرة كالثمن، فكما وجب حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن، كذلك يجب حبس المنافع حتى يستوفي الأجرة المعجلة]؛ ولأن في تسليم المنافع قبل قبض الأجرة ضررًا بالمؤجر، ألا ترى أنه يصير أسوة الغرماء، فحل مَحَلَّ البيع، ولا يقال: إن الحبس لا فائدة فيه؛ لأنه إذا عقد على مدة حاضرة، فكل ما حبس بطل العقد في المدة التي تمضي؛ لأن هذا لا يمنع من ثبوت الحبس فيما لا يبطل بالحبس، كمن آجر دابة مسافة معلومة، ولأن هذا يبطل بمن باع ما لا يبقى مثل السمك وما أشبهه للبائع حبسه، وإن كان ذلك يؤدي إلى إبطال العقد بتلفه، ولأن المنافع لا يمكن تسليمها في

(١) ما بين القوسين سقطت من أ.

الحال، فلو لم يلزمه تعجيل الأجرة لبطل الشرط(١).

٢٢٦٥ ـ فَصْل: [تملك الأجرة في الإجارة]

قال: والأجرة لا تملك بعقد(٢) الإجارة، وإنما تملك بأحد معاني ثلاثة: إما أن يشترط تعجيلها في نفس العقد، وإما أن يعجل بغير شرط، وإما بوقوع ما الأجرة [بدل عنه](٣).

وقال الشافعي: [تجب](٤) الأجرة بإطلاق العقد(٥).

لنا: أنه مال في مقابلة منفعة، فلا تستحق بنفس العقد، كالربح في المضاربة، ولا يلزم المهر لأنه في مقابلة الاستباحة، ولأنها معاملة لا توجب تسليم أحد البدلين في الحال، فلا يوجب تسليم البدل الآخر بعد المجلس.

أصله: البيع المشروط فيه الخيار لهما والبيع الفاسد، ولا يلزم التسليم؛ لأن تسليم رأس المال لا يجب في المجلس(٦).

وهذه المسألة مبنية: علىٰ أن المنافع لا تملك بالعقد؛ لأنها معدومة، والملك من صفة الموجود؛ ولأنها [إنما](٧) تحدث في ملكه، فلا يملك قبل

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٩١.

(٢) في أ (بنفس).

(٣) في ب (تدل عليه) والمثبت من أ.

(٤) في ب (تعجيل الأجرة) والمثبت من أ.

(٥) انظر: الأم ص٦٤٨ (بيت الأفكار). قال الدمشقي في رحمة الأمة: «فمذهب الشافعي وأحمد: أنها تُستحق بنفس العقد» ص ٣٤٥.

(٦) في أ (بعد المجلس).

(٧) في أ (نماء).



حدوثها كالثمن، وجواز التصرف في المنافع المعدومة لا يدل على ملكها، لكن للضرورة، ألا ترى أنه لو لم يجز العقد [٢٩٦/ب] عليها مع عدمها لم تجز إجارة أبداً، ولا [يستدل بجواز][1] عقد المستأجر عليها على الملك؛ لأنه إنما جاز عقده عليها لأنه يملك التصرف فيها [فهو كالموجود][2].

وإذا ثبت أن المنافع لا تملك بالعقد، فكل معاملة لا يملك فيها أحد البدلين بنفس العقد لا يملك البدل الآخر، كالهبة بشرط العوض، والبيع المشروط فيه الخيار.

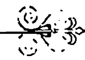
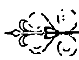
وإذا ثبت أن الأجرة لا تملك بإطلاق العقد، فإن شرط تعجيلها ملكت بالشرط؛ لأن الشرط يغيّر مقتضى إطلاق العقد، ألا ترى أن التأجيل إذا شرط في الثمن يتغير موجب العقد من الحلول، وكذلك إن عجّل المستأجر [الأجر]؛ لأن العقد سبب في استحقاق الأجرة، فإذا عَجَّلَها بعد وجود سببها استحقت بالتعجيل، كالدين المؤجل يعجله، وأما إذا استوفى المعقود عليه فقد ملك العوض، فاستحقاق ملك العوض في مقابلته.

قال: فإن وقع الشرط في عقد الإجارة أن لا يسلم الأجر إلا بعد انقضاء مدة الإجارة، فذلك جائز، وهذا ظاهر على قول أبي حنيفة الأول: (إن الأجرة لا تجب إلا في آخر المدة، فإذا شرط ذلك فقد شرط موجب العقد، فأمّا على قوله الثاني: الأجرة)[3] تجب حالاً فحالاً، فقد شرط تأجيل الأجرة، والأجرة

(١) في ب (يدل جواز) والمثبت من أ.

(٢) في ب (كالمؤاجر) والمثبت من أ.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

كالثمن، فإذا جاز التأجيل في أحدهما جاز في الآخر(١).

٢٢٦٦ - فَصْل: [الأجرة في الإجارة التي تقع العقد على المدة]

وأما إذا لم يشرط في العقد شيئاً، فكان قول أبي حنيفة الأول: أن الأجرة لا تجب إلا بعد مضي المدة في الإجارة التي تقع على المدة: مثل استئجار الأرض سنة، أو عشر سنين، ولا تجب تسليم الأجرة إلا بعد مضي جميع المدة، وبه قال زفر، ثم رجع فقال: يسلم الأجر حالاً فحالاً، كلما مضى يوم يسلم أجرته.

وإذا وقعت الإجارة على مسافة: مثل من يستأجر بعيرًا إلى مكة ذاهباً وجائياً، فكان قوله الأول أنه لا يلزمه تسليم الأجرة حتى يعود، وهو قول زفر، ثم رجع فقال: يسلم حالاً فحالاً.

قال أبو الحسن: تسلم الأجرة لكلِّ مرحلة إذا انتهى إليها، وهذا قول أبي يوسف ومحمد.

وروي عن أبي يوسف: فيمن استأجر بعيراً إلى مكة، أنه إذا بلغ ثلث الطريق أو نصفه أعطى من الأجرة بحسابه استحساناً، قال أبو الحسن: وهذا قوله الآخر.

وجه قول أبي حنيفة الأول: أن الإجارة إذا وقعت على مدة جملة واحدة، فالمعقود عليه ينتفع به بكامل المدة، ولا يلزم تسليم البدل إلا بعد الفراغ: كمن استأجر خياطاً يخيط له ثوباً، فخاط بعضه لم يستحق الأجرة حتى يفرغ منه، وكذلك إذا استأجر إلى مكة لم ينتفع [بقطع بعض المسافة](٢) دون بعض،

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٨٧.

(٢) في ب (بعض المدة) والمثبت من أ.

فوقعت الأجرة على انتهاء العمل، كالصَّبَّاغ والقَصَّار.

وجه قوله الآخر وهو المشهور من قولهما: أن كل يوم ينفرد بالانتفاع عن الآخر، فلم يقف تسليم [٢٩٧/أ] البدل [على] جميع المنافع، ولأنه ملك المبدل، فاستحق عليه ما في مقابلته، وقد كان يجب أن يلزمه تسليم الأجرة ساعة فساعة، إلا أنهم استحسنوا فقالوا: يوماً فيوماً؛ لأن إيجاب التسليم في كل ساعة يؤدي إلى الضرر، ألا ترى أنه إذا تشاغل بوزن الأجرة ونقدها(١) مضى زمان [وجبت به](٢) أجرة، فإن طالب بها فاشتغل بدفعها انقضى(٣) زمانه في دفع الأجرة، فقالوا: يطالبه يوماً فيوماً؛ ولأن اليوم مقصود بالانتفاع، وأخذ بدله لا يؤدي إلى الضرر.

وكذلك إذا سار في الطريق [لو](٤) طالب بالأجرة في كل حال انقطع بتسليمها عن السير، فقال أبو الحسن: يطالبه في كل مرحلة؛ لأن ذلك سير مقصود، ولا يشق المطالبة ببدله، فهو كاليوم في إجارة الدار.

وجه قول أبي يوسف الآخر: أن السير إلى ثلث الطريق أو إلى نصفه منفعة مقصودة، ألا ترى أن من الناس من يركب مع جَمَّال نصف الطريق ثم ينتقل إلى غيره، فكان ذلك هو المقصود من المنفعة، فإذا وُجِد لزمه تسليم بدله(٥).



---

(١) في أ (أو بِعَدِّها).

(٢) في ب (وجب له).

(٣) في أ (اتصل).

(٤) في ب (أو) والمثبت من أ.

(٥) انظر: الأصل ٤٤٨/٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٨٩/٣ وما بعدها.

بَابُ
تَصَرُّفِ المُؤَاجِرِ في الأُجْرَةِ

قال أبو الحسن: فإذا وقع عقد الإجارة ولم يشرط تعجيل الأجرة ولم يتسلم ما وقع عليه [العقد] حتىٰ أَبَرَّ المُؤَاجِرُ المُسْتَأْجِرَ منه، أو وهبه، أو تصدَّق به عليه، فإن ذلك لا يجوز في قول أبي يوسف الآخر، عيناً كان الأجر أو ديناً، ولا يكون ذلك [نقضًا للإجارة](١).

وقال محمد: إذا كان ذلك ديناً جاز.

لأبي يوسف: أنّ الأجرة لم تملك بالعقد علىٰ ما بَيَّنَّا، فإذا أَبْرَأَ منها أو وهبها، فقد أبرأ من حق لم يجب، والبراءة من الحقوق قبل وجوبها لا يَصِحُّ، وليس كذلك الدَّيْن المُؤَجَّل؛ لأنه قد ملك واستحق، والتأجيل لتأخير المطالبة، ولأنا لو جوّزنا [البراءة](٢) لا ينتفع المستأجر بما استأجر من غير بدل يستحق في مقابلته، وهذا إخراج له من حكم الإجارة، ويصير في معنىٰ العارية والوصية، ولم يدخلا في هذا العقد، وإنما لم تبطل الإجارة بقبول البراءة؛ لأنها لم تقع، فوجودها وعدمها سواء.

لمحمد: أن العقد سبب في وجوب الأجرة، وإسقاط الحقوق عند وجود أسبابها جائز كالبراءة من الدين المؤجل، والعفو عن القصاص بعد [وجود

(١) في ب (بقضاء الإجارة) والمثبت من أ.

(٢) في ب (الإجارة) والمثبت من أ.

الجراحة](١)، وأما إذا كانت الأجرة عيناً من الأعيان فوهبها المؤاجر للمستأجر قبل استيفاء المنافع، فإن قَبِلَ المستأجر الهبةَ بطلت الإجارة، وإن رَدَّها لم تبطل؛ لأن الأجرة المعينة في حكم المبيع؛ لأنها عين مملوكة في مقابلتها ما هو في حكم الأعيان، وَهبة المبيع قبل القبض إذا قَبِلَهَا البائع يبطل البيع، فكذلك هذا.

وأما إذا رَدّ المستأجر [٢٩٧/ب] الهبة لم تبطل الإجارة؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبول، فإذا رَدَّها بطلت، وكأن لم تكن.

٢٢٦٧ـ فَصْل: [مصارفة المؤاجر المستأجر بالأجرة]

قال أبو يوسف: إذا صارف المؤاجر المستأجر بالأجرة وأخذ بها ديناراً، فالعقد باطل، وكان قوله الأوَّل أنه جائز، وهو قول محمد.

لأبي يوسف: أن الأجرة لم تجب بالعقد، وإنما يتعلق وجوبها بعقد الصرف، وما [وجب](٢) بعقد الصرف ولم يوجد فيه التقابض في المجلس بطل العقد فيه، كمن باع ديناراً بعشرة دراهم فلم يتقابضا؛ ولأنه يشتري الدينار بدراهم في [ذمته](٣)، ثم يجعلها قصاصاً بالأجرة ولا أجرة له، فيبقىٰ ثمنه الصرف في ذمته، فإذا افترقا قبل قبضه بطل العقد.

لمحمد: أن الصرف لما لم يجز إلا ببدل مستحق، صار دخولهما(٤) في الصرف كشرط تعجيل الأجرة، ولو شرط تعجيلها ثم تصارفا جاز، فكذلك إن

(١) في ب (بعد الجرح) والمثبت من أ.
(٢) في ب (وجد) والمثبت من أ.
(٣) في ب (الذمة) والمثبت من أ.
(٤) في أ (فيه كتعجيل الأجرة).

لم يشرط، ألا ترىٰ أنه لو أخذ بالدين المؤجل ديناراً جاز، فكأنه شرط التعجيل ثم [تصارفا به، كذلك هذا](1).

وحكىٰ أبو الليث عن بعض أصحابنا طريقة أخرىٰ في هذه المسألة، فقال: من أصل أبي يوسف أن الأجرة لا تملك بالعقد عيناً كانت أو ديناً، ومن أصل محمد أنها(2) إذا كانت عيناً لم تملك، وإذا كانت ديناً تملك بالعقد؛ وذلك لأن المستأجر يملك المطالبة بالمنفعة، فملك عليه الدين [الذي] في مقابلتها وإن تأجل، كما يملك الثمن المؤجل في البيع.

قال: وليس كذلك العين؛ لأنه لا يجوز أن يملك ملكاً مؤجلاً؛ لأن التأجيل في الأعيان لا يصح، وإذا كان من أصله أن الأجرة قد ملكت، جاز [التصرف](3) بها كالدين المؤجل.

وهذا الأصل ليس بمروي عن محمد، وإنما قاله هذا القائل لنصرة هذه المسألة، وقد بَيَّنَّا وجهها من غير إثبات أصل لا رواية فيه.

٢٢٦٨ - فَصْل: [شراء المؤاجر من المستأجر عينًا بالأجرة]

وإن اشترىٰ المؤاجر من المستأجر عيناً من الأعيان بالأجرة جاز في قولهم [جميعًا]؛ لأن العقد علىٰ الأعيان لا يقتضي قبض البدل في المجلس، فجاز العقد وإن كانت الأجرة غير واجبة.

قال: ولو أخذ بالأجرة رهناً أو كفيلاً جاز في قولهم [جميعًا]؛ لأن الرهن

---

(١) في ب (صارت به) والمثبت من أ.
(٢) في أ (أن الأجرة).
(٣) في ب (الصرف) والمثبت من أ.

يجوز بدين لم يجب، كما يجوز بالثمن في البيع المشروط فيه الخيار، والكفالة تجوز بدَيْن لم يجب، كما يجوز بالدَّرَك.

قال: ولو وهب بعض الأجرة أو أبرأه منه جاز في قولهم.

[فأما على قول محمد فظاهر؛ لأن الهبة تجوز في الجميع فكذلك في البعض][1]، وأما على أصل أبي يوسف: فهبة البعض حطٌّ يلحق بالعقد، فيصير كالموجود في حال العقد، [وهبة الجميع لا تلحق بالعقد][2]، فيثبت[3] في الحال، وليس هناك حق واجب [وإنما تحصل الأجرة في الثاني] فلا يصح.

قال: وإذا وجب الأجر بمضي الوقت فهو دين، فلا باس بذلك، يعني البراءة والهبة والصرف؛ لأنه دين [واجب، فصار] كسائر الديون [٢٩٨/أ][4].



(١) الزيادة من أ وساقطة من ب.

(٢) في ب (وهذا لجميع ما يلحق بالعقد) والمثبت من أ ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١/٤٤٨.

(٣) ساقطة من أ.

(٤) انظر: الأصل ٣/٤٥٣.

بَابُ
صفة تسليم [الأجرة]



قال أبو الحسن: وإذا وقع عقد الإجارة صحيحًا علىٰ مدة أو مسافة معلومة، وجب تسليم ما وقع عليه العقد من ذلك تسليماً دائماً باقياً في طول مدة الإجارة لا مانع من الانتفاع به، فإن عرض في بعض المدة أو بعد قطع بعض المسافة ما يمنع من الانتفاع بالمستأجَرِ، سقط الأجر عن المستأجر بقدر مدة المنع، ولزم فيما كان قبل ذلك.

وهذه الجملة تشتمل علىٰ مسائل:

منها: أن العقد إذا وقع علىٰ مدة مطلقة كان ابتداؤها عقيب العقد، وقال الشافعي: لا تصح الإجارة حتىٰ يكون ابتداء المدة عقيب العقد، وإنما يكون عقيب العقد بالشرط(١).

لنا: أنه حكم تعلق بمدة لا علىٰ طريق القربة، فكان ابتداؤها عقيب السبب، كمدة الإيلاء، وكمن حلف لا يكلم رجلاً شهراً، وليس كذلك إذا أوجب صوم شهر؛ لأنه حكم تعلق بمدة علىٰ طريق القربة، ولأنه إذا أطلق المدة [و](٢) لم يجعل عقيب السبب، لم يكن مدة بأولىٰ من مدة، فأدىٰ ذلك إلىٰ إبطال العقد، فوجب أن [يحمل](٣) علىٰ الوجه الذي يصح معه العقد.

---

(١) انظر: المهذب للشيرازي ٣/١٨ (دار القلم).

(٢) في ب (لو لم) والمثبت من أ.

(٣) في ب (يجعل) والمثبت من أ.

والمسألة الثانية: أن المدة المعقود عليها تكون متوالية من حال العقد إلىٰ انقضائها؛ لأنا لو لم نجعلها كذلك صارت مدة مجهولة، فوجب حمل العقد علىٰ ما يصح [العقد] عليه.

والمسألة الثالثة: أن التسليم يجب علىٰ المؤاجر في طول المدة المعقود عليها، وفي جميع المسافة، فإن حدث مانع بعد التسليم سقطت الأجرة عن المستأجر: كمن استأجر داراً ليسكنها، أو عبداً لخدمته شهراً، أو دابة ليركبها إلىٰ الكوفة، فيسكن أو يستخدم بعض المدة، أو يركب بعض المسافة، ثم يغصب الدابة غاصب، أو العبد، أو يحدث بهما ما يمنع من الانتفاع بهما من مرض أو إباق، أو يغصب الدار، أو تغرق حتىٰ لا يمكن الانتفاع بها، وكالزرع ينقطع عنه الشِّرب، والرحىٰ تنقطع عنها الماء، فإن الأجر ساقط في مدة ذلك، ولازم فيما مضىٰ؛ وذلك لأن المنافع لا تصير مسلمة بتسليم العين التي تحدث منها؛ لأنها معدومة، والتسليم من صفات الموجود، وإنما تحدث المنافع علىٰ ملك المؤاجر حالًّا فحالًّا، ولا يصير المستأجر متسَلِّماً لها كذلك، فإذا حدث المانع فقد تعذر تسليم المنفعة قبل القبض، فسقط البدل كتعذر تسليم المبيع قبل القبض[1].

٢٢٦٩ ـ فَصْل: [الاختلاف في تسليم الأجرة]

فإن اختلفا بعد انقضاء [مدة] الإجارة، فقال المستأجر: لم تسلم إليّ ما أجرتني، وقال المؤاجر: قد سلّمت، فالقول: قول المستأجر مع يمينه؛ وذلك لأن المؤاجر يدّعي دخول الشيء في ضمان المستأجر، فالقول قول من ينفي الضمان، كمن ادعىٰ عليه الغصب [٢٩٨/ب] فجحد [ذلك]، وكل من جعلنا القول

---

(١) انظر: الأصل ٣/٤٤٩؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٩٠ وما بعدها.

قوله فيما يلزمه فيه الخصومة، والشيء مما يصح بدله، فالقول قوله مع يمينه، فإن أقام المؤاجر البينة أنه سَلَّم، قُبلت بينته واستحق الأجر؛ لأنه أقام البينة على الضمان.

٢٢٧٠ ـ فَصْل: [النظر إلى حال الشيء إذا وجد المانع في الاستلام]

فإن اتفقا أنه سَلَّمَها في أول المدة أو أول المسافة، فقال المستأجر: عرض لي ما يمنعني من الانتفاع به، وادّعى مرضاً أو غصباً أو إباقاً، وجحد ذلك المُؤَاجِر، فإنه ينظر إلى حال الشيء الذي وقعت عليه الإجارة في وقت ما اختصما، فإن كان المانع موجوداً في المستأجر فالقول: قول المستأجر مع يمينه البتة، وإن لم يكن موجوداً في وقت خصومتهما فالقول: قول المؤاجر مع يمينه على علمه، والبينة بينة المستأجر؛ وذلك لأنهما إذا اختلفا في دوام التسليم، فوجب تحكيم الحال، فإن كان المانع موجوداً فالظاهر يشهد للمستأجر، فالقول قول من يشهد له الظاهر، وإن لم يكن هناك مانع، [فالظاهر][1] يشهد للمؤاجر، فكان القول قوله.

ولا يقال: إن المنافع دخلت في ضمان المستأجر بالتسليم، فلا يقبل قوله في سقوط الضمان؛ لأن المنافع لا تصير مسلمة بالتسليم الأول، فلا يكون اعترافه بالقبض اعترافاً بقبض جميع المنافع.

وإنما استحلف المستأجر على البتات؛ لأنه يدّعي عليه فعله وهو التسليم، ومن حلف على فعل نفسه حلف على البتات، وإنما استحلف المؤاجر على العلم؛ لأنه يحلف على فعل غيره، وهو المنع، ومن حلف على فعل غيره استحلف على

(١) في ب (فالشاهد) والمثبت من أ.




العلم كاليمين في القَسَامة.

٢٢٧١ - فَصْـل: [المنع عَرَضَ بعد القبض]

فإن اتفقا أن المنع كان قد عرض بعدما قبض، فقال المستأجر: كان المنع في المدة حين قبضت إلىٰ أن بقي من المدة يوم أو يومان، وقال المؤاجر: كان المنع يوماً واحداً ثم زال، فالقول قول: المستأجر في ذلك؛ لأنهما اتفقا علىٰ أن المنافع لم يدخل جميعها في ضمان المستأجر، فكان القول قوله في مقدار ما ضمنه؛ ولأنهما اتفقا علىٰ زوال القبض الأول، فالقول قول المستأجر في القبض الثاني.



بَابُ
متى يصح تسليم العامل ويخرج من ضمانه



قال أبو الحسن: كل من استؤجر علىٰ عمل في شيء، أو عمل شيء، وذلك الشيء في يده، مثل الصَّبَّاغ والخَيَّاط والقَصَّار والصائغ والنَّجَّار وسائر الصُّنَّاع، فعمله ذلك مضمون عليه ما دام في يده بالأجر المسمىٰ له، لا يبرأ منه إلا بتسليمه إلىٰ صاحبه، فإن لم يسلمه حتىٰ هلك، بطل أجرُه، ويكون العمل مضموناً بالأجر.

قال: وجملة هذا أن المستأجر علىٰ عمل في شيء أو عمل شيء [فهو] علىٰ وجهين:

أحدهما: أن يكون المعمول فيه في يده، والثاني: أن يكون في يد المستأجر. فإذا كان المعمول فيه في يده، فهو علىٰ وجهين: [٢٩٩/أ] إن كان لعمله أثر في العين كالصباغ والقصار، فالعمل مضمون عليه، فإن هلك في يده قبل التسليم سقط الأجر، وما لم يكن لعمله [تأثير في العين][١] كالحمّال والملّاح، وجب الأجر إذا فرغ من العمل، وإن لم يُسَلِّمْ.

وقالوا: ما لم يحط المتاع من رأسه لم يجب الأجر؛ [لأن] الحَطَّ من تمام العمل؛ وإنما كان كذلك لأن العمل الذي له أثر [في العين كالمعقود عليه][٢]،

(١) في ب (في العين أثر) والمثبت من أ.

(٢) في ب (كالعين المعقود عليها) والمثبت من أ.

ألا ترى أن البدل في مقابلة ذلك الأثر ، فصار كالمبيع إذا هلك قبل التسليم سقط بدله .

وأما ما لا أثر له ، فليس هناك عين معقود عليها ، وإنما يصير الحَمَّالُ مسلماً للمنفعة حالاً فحالاً ، فإذا انتهت فقد وَفَّى العمل ، فلم يبق منه شيء يجب بدله ، وهلاك العين لا يسقطه .

وقد قالوا: في كل عمل له أثر في العين ، للعامل أن يحبس العين حتى يستوفي ، كما للبائع حبس المبيع [حتى يستوفي الثمن] ، وما ليس له أثر لا يثبت فيه حق الحبس ؛ لأن العمل المعقود عليه ليس بموجود في العين ، فلم يجز حبسها ، كما لا يجوز حبس الوديعة بالدين .

وأما ما يوقعه من العمل في عين في يد المستأجر ، فقد ذكره في الباب الذي يلي هذا .

قال محمد: فإن حبس الحَمَّالُ المتاعَ في يده فهو غاصب ؛ وذلك لأنه لا أثر لعمله في العين حتى يثبت له الحبس ، وإنما العين أمانة في يده ، فإذا حبسها بدينه صار غاصباً كالوديعة .

وقال أبو يوسف في الحمّال: يطلب أجره بعد ما بلغ المنزل قبل أن يضعه ، فليس له ذلك ، وهذا على ما بيَّنّا أن الوضع من تمام العمل[1] .



(١) انظر: الأصل ٥٦١/٣ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٩٨/٣ ، ٣٩٩ .

بَابُ
ما يكون الأجر مسلماً له مع الفراغ منه



قال أبو الحسن: إذا استأجر رجلاً ليبني له بناءً في داره، أو فيما هو في يده، أو يعمل له سَاباطاً، أو جَنَاحاً[١]، أو يحفر له [في ذلك] بئراً، أو قناةً، أو نهراً، أو ما أشبه هذا، فعمله العامل فلم يفرغ منه حتى انهدم البناء، أو انهارت البئر، أو سقط السَّاباط، فله أجر ما عمل بحصة ذلك؛ لأن ذلك صار في يد المستأجر قبل هلاكه.

وإن استأجره على عمل شيء من ذلك في غير ملكه، ولا ما هو في يده، فلا أجر له حتى يفرغ منه ويُسَلِّمَهُ إليه؛ وذلك لأنه إذا استأجره على عمل في منزله صار مسلماً العمل إليه جُزْءًا فجزءاً، فوجب عليه بدله [بالفراغ منه]، فلم يسقط بالهلاك.

وقد قالوا في البئر: إذا حفر بعضها ثم انهارت وجب [له من الأجر][٢] بحساب ما حفر؛ لأنه سلم تلك المنافع بنفس العمل، فأما إذا كان الحفر والبناء في غير ملكه فلم يصر مسلماً له بالعمل، فما لم يخلِّ [بينه وبين المستأجر][٣] لم يصر قابضاً له، فإذا أفسد قبل ذلك سقط بدله[٤]، كهلاك المبيع قبل القبض.

(١) «والسَّاباط: سقيفة تحتها ممر نافذ، والجمع سوابيط». المصباح (سبط).
والجناح: ويقصد هنا بالجَنَاح: الرَّوشَن: الشُّرْفَة: هي «بناء خارج من البيت يُسْتَشرف منه على ما حوله». انظر: المعجم الوجيز (جنح، روشن، شرف).
(٢) في ب (عليه) والمثبت من أ.
(٣) في ب (بين المستأجر وبينه) والمثبت من أ.
(٤) في أ (أجره).

وقال الحسن: إذا أراه موضعاً من الصحراء يحفر فيه بئراً، فهو بمنزلة ما [٢٩٩/ب] في ملكه ويده، وقال في آخر الكلام: وهذا قياس قول أبي حنيفة.

وقال محمد: لا يكون قابضاً إلا بالتخلية، وإن أراه الموضع.

والصحيح ما قاله محمد؛ لأن الموضع وإن عينه لم يصر في يده، فلا يكون مسلماً له بنفس العمل، وليس كذلك إذا كان في ملكه؛ لأن ملكه يده، فيصير متسلمًا للمنافع حالاً فحالاً.

وجه روَاية الحسن: أنه لما عيّن الموضع يثبت يده عليه بالتعيين، فصار كفنائه وملكه.

قال: وإن كان في غير ملكه وقد عمل بعضه والمستأجر قريب من العامل، فخلىٰ بينه [وبين العمل][1]، فقال المستأجر: لا أقبضه منك حتىٰ تفرغ[2]، كان قابضاً وعليه الأجر، وهذا عطف علىٰ رواية الحسن؛ لأن التعيين كالملك، وأما علىٰ ما قال محمد فلم يصر مسلماً بالعمل، فللمستأجر أن يمتنع من التسليم حتىٰ يتمم البئر؛ لأنه لا ينتفع ببعض عملها دون بعض[3].

٢٢٧٢ ـ فَصْـل: [ما يعتبر من تمام عمل العامل]

وإذا استأجره ليضرب له لَبِناً في ملكه، فإن رَبَّ اللَّبِن لا يكون قابضاً حتىٰ يجف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: حتىٰ يشرجه[4].

---

(١) في ب (وبينه) والمثبت من أ.

(٢) في ب (تقبض).

(٣) انظر: الأصل ٥٨٢/٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٩١/٣.

(٤) «وتشريج اللَّبِن: تنضيده وضم بعضه إلىٰ بعض». المغرب (شرج).

لأبي حنيفة: أنه استؤجر على عمل اللبن، فإذا جف وأقامه فقد وجد ما يتناوله اسم اللبن، فاستحق الأجرة، فتشريجه كنقله إلى مكان البناء، فلا يلزم المستأجر، وليس كذلك إذا ضربه ولم يقمه؛ لأن اسم اللبن لا يتناوله، ألا ترى أنه أرض ما لم يقلبه عن مكانه.

وجه قولهما: أن العادة أنَّ ضرَّاب اللَّبِن هو الذي يشرج ليؤمن عليه الفساد، فكان ذلك من تمام العمل، كإخراج الخبز من التنور.

وقال: فإن هلك اللبن قبل الحد الذي حَدَّه كل واحد منهما في قوله، فلا أجر له؛ لأنه هلك قبل تمام العمل، وإن كان بعده، فله الأجر؛ لأن العمل قد تم فصار مسلماً [له]؛ لأنه في ملكه، فهلاكه بعد ذلك لا يسقط البدل.

قال: فإن كان ذلك في غير يده و[لا] ملكه، لم يكن له الأجر حتى يسلمه منصوباً عند أبي حنيفة، ومشرَّجاً عندهما؛ لأنه لم يحصل في يده، فلا بد من التخلية بعد الفراغ من العمل(١).

٢٢٧٣ - فَصْل: [ما يضمنه الأجير المشترك]

ومما يلحق بهذا الباب ما رواه ابن سماعة عن محمد: في رجل استأجر خَبَّازاً ليخبز له قفيزاً من دقيق بدرهم، فخبز فاحترق الخبز في التنور قبل أن يخرجه، قال: هو ضامن، وكذلك لو ألزقه(٢) في التنور ثم أخذه ليخرجه فوقع من يده في التنور فاحترق، فإنه ضامن، وهذا على أصل محمد في تضمين الأجير المشترك، إلا أن الذي يحتاج إليه في هذا الباب أنه لا أجرة له؛ لأنه هلك قبل تمام العمل، ألا

---

(١) انظر: الأصل ٣/٥٨٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٩٤.
(٢) في أ (ألصقه).



ترىٰ أن الأجرة يستحقها [بالعمل: وهو الخبز][1]، وقبل إخراجه من التنور ليس بخبز، فهو كهلاك اللبن قبل أن [يقيمه][2].

قال: [٣٠٠/أ] وإذا أخرجه من التنور ووضعه وهو يخبز في منزل المستأجر فقد فرغ، فإن احترق من غير جنايته فله الأجر، ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة؛ لأنه فرغ من العمل فصار مسلماً له بإخراجه من التنور؛ لأنه في ملك المستأجر، وهلاك الشيء من غير عمل الأجير المشترك لا يتعلق به الضمان عنده.

فأما علىٰ قول من يضَمِّن الأجير المشترك، فإنه ضامن له دقيقاً مثل الدقيق الذي دفعه إليه، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزاً وأعطاه الأجر؛ وذلك لأن قبض الأجير عندهما مضمون، فلا يبرأ منه بوضعه في منزل مالكه، كما لا يبرأ من ضمان المغصوب بذلك.

فإذا وجب عليه الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار: إن شاء ضمنه دقيقاً وأسقط الأجر؛ لأنه لم يسلم له العمل، وإن شاء ضمنه خبزاً [وأعطىٰ الأجر؛ لأن العمل صار][3] مسلماً له، فوجب عليه الأجرة.

قال: ولا أضمنه القصب والحطب ولا الملح؛ لأن ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه، [ووجب عليه الضمان وهو رماد وما يذوب][4] فلا قيمة.

قال: وكذلك الخياط يخيط له في منزله قميصاً، فإن خاط بعضه لم يكن له

---

(١) في ب (بالخبز) والمثبت من أ.

(٢) في ب (يتمه) والمثبت من أ.

(٣) في ب (وصار العمل) والمثبت من أ.

(٤) الزيادة من أ.

أجر؛ لأن هذا العمل لا ينتفع ببعضه دون بعض، فلا يلزم الأجرة إلا بتمامه، فإذا فرغ منه ثم هلك، فله الأجرة في قول أبي حنيفة؛ لأنه صار مسلماً للعمل عنده.

فأما على قولهما: فالعين مضمونة لا يبرأ من ضمانها إلا بتسليمها إلى مالكها[1]، فإذا هلك الثوب: فإن شاء ضمنه قيمته صحيحاً (غير مخيط)[2] ولا أجرة له، وإن شاء ضمنه قيمته مخيطاً وله الأجرة على ما قدمنا.

قال: ولو استأجر حَمَّالاً ليحمل له دَنًّا[3] من السوق إلى منزله، فحمله حتى إذا بلغ به باب الدار الذي استأجره كسره إنسان، فلا ضمان على الحمّال في قول أبي حنيفة، وله الأجرة من قِبَلِ أنه وفَّاه العمل إلى الموضع الذي بلغ، وهذا على [ما قدمنا] أن من لا أثر لعمله يصير مسلماً للمنافع حالاً فحالاً.

وقال محمد في الأصل في الحمّال: إذا وقع في بعض الطريق فانكسر ما حمله، فصاحبه بالخيار: إن شاء ضمنه قيمته في ذلك الموضع واحتسب له من الأجرة بحساب ما حمل، وإن شاء ضمنه قيمته من الموضع الذي حمله ولا أجرة له؛ وذلك لأن التلف حصل من عمله، وهو وقوعه، وما تلف بعمل الأجير المشترك مضمون في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، إلا أن المنافع لم تسلم بكمالها، فصار ذلك عيباً فيها، فإن شاء رضي بها وضمنه قيمته في ذلك الموضع وأعطاه الأجرة، وإن شاء فسخ العقد فيها حين لم يكمِل على مقصودها، وضمنه القيمة في الموضع الذي حمل منه[4].

---

(١) في أ (صاحبها).
(٢) ساقطة من أ.
(٣) «الدَّنُّ: كهيئة الحُبِّ إلا أنه أطول منه وأوسع رأسًا، والجمع دِنان»، كما في المصباح، والحُبُّ ـ بالضم ـ: الخابية: هي الوعاء الضخم. انظر: المصباح؛ المعجم الوجيز (دنّ، حب).
(٤) انظر: الأصل ٣/٥٨٤؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٩٢، ٣٩٣.

بَابُ
ضمان أجير المشترك



قال أبو الحسن: الأجير [٣٠٠/ب] المشترك: القَصَّار، والصَّبَّاغ والخَيَّاط، والصَّائِغُ، وكل من يستحق الأجر بعمله دون تسليم نفسه، فإذا سَلَّم إليه ما استؤجر عليه وقبضه، فهو أمانة في يده عند أبي حنيفة وزفر، ورواية الحسن بن زياد، وهو قول حماد بن أبي سليمان.

وقال أبو يوسف ومحمد: هو مضمون عليه بالقبض إلا من شيء غالب لا يحتاط[1] من مثله، مثل حريق غالب، (أو عدو مكابر، أو سارق كذلك)[2].

قال: أما الكلام في حد الأجير المشترك، فهو علىٰ [كل] من يستحق الأجر بعمله، ومعنىٰ قولنا: مشترك: أن عمله لا يختص بواحد دون آخر[3]، وله أن يعمل لمن يشاء.

فأما وجه قول أبي حنيفة: في أنه لا ضمان عليه فيما هلك بغير فعله، وهو أحد قولي الشافعي: أنها عين قبضها بإذن مالكها لا علىٰ وجه التمليك والوثيقة، فصار كالوديعة[4]، ولأن قبضه لو تعلق به الضمان لاستوىٰ فيه ما يحترز عنه وما لا يحترز كالغاصب، ولأنها عين خلصت في يده لإيقاع العمل فيها، كما يحصل

(١) في أ (يتحفظ).

(٢) في أ (أو غرق أو مكابرة أو سرق).

(٣) في أ (لواحد دون واحد).

(٤) انظر: المهذب للشيرازي ٣/٥٦٠.

في يد الأجير الخاص.

وجه قولهما ـ وهو استحسان ـ: ما روي عن عمر رضي الله عنه: (أنه ضمن الأجير احتياطاً لأموال الناس)، ولأن الغالب عليهم الخيانة، فلو لم يضمنوا هلكت الأموال، وهذا لا يصح.

فأمّا الحريق الغالب واللصوص الغالبون فلا تهمة فيه؛ [فلهذا لم][1] يضمنوا.

٢٢٧٤ ـ فَصْل: [التلف من عمل الأجير المشترك]

فأما ما تلف من عمل الأجير المشترك مثل القَصَّار إذا دقَّ الثوب فتخرق، أو ألقاه في التنور فاحترق، والملاح إذا غرقت السفينة من عمله، والحمال إذا سقط وفسد ما حمله، قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إنه مضمون عليهم، وقال زفر: لا ضمان عليهم، وقال الشافعي في القول الذي قال لا ضمان عليه فيما هلك: إنه لا يضمن ما كان من فعله، وفي القول الذي قال هو ضامن: يضمن[2] في الوجهين [جميعًا][3].

لنا: أن العمل مضمون عليه بدلالة أنه يجبر عليه ويستحق الأجر في مقابلته، وما تولد من العمل المضمون مضمون، أصله من ألقىٰ رجلاً في بئر فمات، أو جرحه فَسَرَت الجراحة إلىٰ النفس، فليس كذلك ما تلف بعمل الأجير الخاص؛ لأن العمل ليس بمضمون عليه، ألا ترىٰ أنه يستحق الأجرة بتسليم نفسه وإن لم

(١) في ب (فلم) والمثبت من أ.

(٢) في أ (ضمّنه).

(٣) قال الشيرازي: «لا ضمان عليه،.. وهو الصحيح، قال الربيع: كان الشافعي رضي الله عنه يذهب إلىٰ أنه لا ضمان علىٰ الأجير، ولكنه لا يفتي لفساد الناس». المهذب ٣/٥٦١.




يعمل، وكذلك من استعان برجل في دَقِّ الثوب فعمله ليس بمضمون؛ لأنه لا بدل عنه.

ولا يلزم البزَّاغ[1] والحَجَّام؛ لأن العمل ليس بمضمون عليهما؛ بدلالة أنه لا يجبر عليه إذا امتنع منه، ولأنا لا نعلم أن الموت تولد من البزغ، ونعلم أن التخريق تولد من الدَّقّ، ولأن التخريق حصل من قبل تسليم العمل إلىٰ صاحبه، فكان مضموناً عليه، والتلف يحصل بالبزغ والحجامة بعد تسليم العمل؛ لأن الحجام إذا جرح فقد وَفَّىٰ العمل، والبَزَّاغ في العادة يبزغ بالمبزغ، [٣٠١/أ] والسَّائِسُ[2] مع الدابة، ونظير مسألتنا ما تلف من الثوب بعد تسليمه إلىٰ صاحبه.

ولأن القَصَّار مأذون في [دَقِّ] القصارة، [وهو الدَّق المصلح للثوب دون المفسد][3]، فكان عمله علىٰ شرط السلامة، والبزغ جراحة، فيستحيل أن يبزغ علىٰ شرط السلامة؛ لأن ذلك لا يكون، ولأن الخرق لا يكون إلا بالتجاوز في الدق عمّا يعتاد، والموت يكون [في البزغ] المعتاد، وذلك مأذون فيه، [وإن تجاوز الموضع المعتاد، فهو ضامن كالقصَّار إذا تجاوز][4] فلم يجاوز الموضع المعتاد، فلا يضمن كالقصار إذا لم يتجاوز.

وجه قول زفر: أنه مأذون في العمل كالأجير الخاص، وكمن استعان برجل يدق له ثوباً فخرقهُ[5].

---

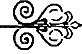
(١) البزَّاغ من «بزغ البَيطار الدابة: شقها بالمِبزغ، وهو مثل مشرط الحجام» المغرب (بزغ).

(٢) «السَّائِسُ: رائض الدواب ومُدَرِّبُها، وجمعه: سُوَّاس». المعجم الوجيز (ساس).

(٣) في ب (وهي المصلحة للثوب دون المفسدة) والمثبت من أ.

(٤) الزيادة من أ.

(٥) انظر: الأصل ٥٨٢/٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٩٧/٣.

٢٢٧٥ ـ فَصْل: [التلف بغير عمل الأجير]

وإذا كان صاحب المتاع معه راكباً في السفينة، أو راكباً على الدابّة التي عليها الحمل فعطب الحمل، فلا ضمان عليه في شيء من ذلك؛ وذلك لأن متاعه في يده، والضمان عندهما إنما يجب باليد، فمادام [الشيء] في يد صاحبه لا يضمن كالغصب.

وكذلك إذا كان صاحب المتاع والمكاري رَاكِبَيْن على الدابة أو سَائِقَيْن أو قَائِدَيْن، قال أبو الحسن: وهذا عندي قياس قول أبي يوسف؛ وذلك لأن الشيء في أيديهما، فلم ينفرد الأجير باليد، فلا يلزمه ضمان اليد، وهذا فيما تلف بغير عمل الأجير، فأما ما تلف بعمله مثل المَلَّاح إذا جنحت السفينة، أو [الحَمَّال إذا] انقطع الحبل، أو المكاري إذا عثرت الدابة من سوقه، فهو ضامن؛ لأن هذا متولد من عمله، فلا يعتبر [فيه] انفراده باليد، وإن كان حَمَّالاً يحمل بنفسه ورَبَّ المتاع يمشي معه فعثر؛ ففسد المتاع، ضمن، وهذه رواية عن أبي يوسف ومحمد؛ وذلك لأن هذا متولد من عمله فلا فرق بين أن يكون صاحبه حافظاً أو غير حافظ.

قال بشر عن أبي يوسف: إن سُرِق المتاع من رأس الحمال فلا ضمان عليه؛ لأن صاحب المتاع لم يخلِّ بينه وبينه، وإنما هو في يده فلا يضمنه الحَمَّال باليد.

قال: وأجمع أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إذا كان المستأجر على حمله عبيدًا صغارًا أو كبارًا، فلا ضمان على المكاري فيما عطب من سياقه أو قوده، ولا [يضمن] بني آدم من وجه الإجارَة؛ [وذلك] لأن ضمان الآدمي بالأسباب يجري مجرى الجناية، وذلك تتحمله العاقلة، ولا يجوز [أن تتحمل العاقلة ما




يتعلق بالعقود كالأثمان وأجرة الإجارة][1].

قال: فإذا وجب ضمان المتاع المحمول فصاحبه بالخيار: إن شاء ضَمَّنَه قيمته في الموضع الذي سَلَّمه إليه، وإن شاء في الموضع الذي فسد أو هلك فيه، وأعطاه الأجرة إلىٰ ذلك الموضع.

وهذا ظاهر علىٰ أصل أبي يوسف ومحمد؛ لأن القبض عندهما مضمون، والفعل مضمون، فله أن يضمنه [بالقبض][2]، وله أن يضمنه بالإتلاف [٣٠١/ب].

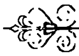
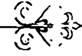
فأما علىٰ أصل أبي حنيفة: قال بِشْر بن غِيَاث: ينبغي أن لا يثبت الخيار؛ لأن الضمان عنده إنما يجب بالعمل المفسد، فأما العقد فلم يوجب ضمانًا، فكيف يضمنه في حال العقد.

والجواب عن هذا: أن القبض وإن لم يقع مضمونًا عنده، فالعقد هو الموجب للضمان بالعمل، فصار للعمل تأثير في إيجاب الضمان، فكذلك كان له أن يضمنه في ذلك الوقت؛ لأن الصفقة في المنافع تفرقت عليه، فكان بالخيار بين أن يلتزمها وبين أن يفسخ العقد فيها، وهذا لا يكون إلا بالتخيير في حال الضمان.

وقد روي عن محمد: أن بيت الأجير إن احترق بسراج ضمن؛ لأن هذا مما يمكن حفظه، ألا ترىٰ أنه لو علم [به] لأطفأه، وإنما الحريق الذي لا يضمن فيه؛ الحريق الغالب الذي لا يقدر علىٰ استدراكه لو علم به ابتداءً.

ومما يلحق بمسائل الباب ما قالوا في الطعام: إذا كان[3] في سفينتين

(١) في ب (أن يحمل ما يجب بالعقود كالأثمان والأجرة) والمثبت من أ.
(٢) في ب (بالعقد) والمثبت من أ.
(٣) في أ (بين).

وصاحبه في إحداهما مقرونتان أو غير مقرونتين، إلا أن سيرهما جميعاً وحبسهما جميعاً، فلا ضمان على الملاح فيما هلك من ذلك.

وكذلك القِطَار إذا كانت عليه الحمولة ورب الحمولة على بعير [منها]، فلا ضمان على الحمّال؛ لأن يد صاحب المتاع ثابتة على جميع ذلك، ألا ترى أنه هو الحافظ له.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل استأجر حَمَّالاً ليحمل له فَرَقًا[1] من سمن، فحمله صاحب الفرق والحَمَّال جميعاً ليضعه على رأس الحَمّال فوقع فانخرق الزَّق وذهب ما فيه، قال أبو يوسف: لا يضمن؛ وذلك لأنه لم يسلمه إليه، وإنما هو في يده، والحمال يضمن بالتسليم.

قال: ولو حمله إلى بيت صاحبه ثم أنه أنزله الحمال من رأسه وصاحب الفرق فوقع من أيديهما، فالحمال ضامن، وهو قول محمد الأول، ثم رجع فقال: لا ضمان على الحمال.

لأبي يوسف: أن الضمان وجب على الحمال بثبوت يده [عليه]، فلا يبرأ إلا بالتسليم، فإذا خطَّأه جميعًا فيد الحَمَّال لم تزل، فلا يزول الضمان.

لمحمد: أن الشيء قد وصل إلى يد صاحبه، فلا يتعلق به الضمان، كما لو حملاه ابتداءً ليرفعاه إلى رأس الحمال [فهلك].

وقال بشر في نوادره، عن أبي يوسف: في قصار استعان بصاحب الثوب

---

(١) الفَرَق ـ بفتحتين ـ: إناء يأخذ ستة عشر رطلاً، وذلك ثلاثة أصوع على قول أبي يوسف». المغرب، (فرق).




ليدقه معه فتخرق، فلا يدري من أي الدقين [تخرق]، وقد كان صحيحاً قبل أن يدقاه، قال: على القصار نصف القيمة.

وقال ابن سماعة عن محمد: كل الضمان على القصار حتى يعلم أنه تخرق من دق صاحبه أو [من] دقهما.

لأبي يوسف: أن التلف يجوز أن يكون من فعل القصار، ويجوز أن يكون من فعل صاحب الثوب، فوجب النصف على القصار على اعتبار الأحوال.

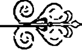
لمحمد: أن الثوب في ضمان القصار [٣٠٢/أ] بالقبض، فما حدث فيه من ضمانه، إلا أن يعلم أنه من فعل غيره.

وقال هشام عن محمد: فيمن دفع إلى رجل مصحفاً ليعمل فيه، ودفع الغلاف معه، أو دفع سيفاً إلى صقيل(١) ليصقله بأجر ودفع الجفن معه، قال محمد: يضمن المصحف والغلاف، والسيف والجَفْن(٢)؛ وذلك لأن السيف لا يستغني(٣) عن الجفن، وكذلك المصحف عن الغلاف، فصارا كالشيء الواحد.

قال: فإن أعطاه مصحفاً يعمل له غلافاً، أو سكيناً يعمل لها [نِصَابًا](٤)، فضاع المصحف أو السكين، لم يضمن؛ لأنه لم يستأجره على إيقاع العمل فيهما، وإنما استأجره على غيرهما(٥).

---

(١) صَقِل السيف والمرآة: جَلَاه، والصَّقِيل: صانعه. انظر: المعجم الوجيز (صقل).
(٢) «وجَفْن السيف: غِلافه، والجمع جفون، ويجمع على أجفان». المصباح (جفن).
(٣) في أ (يستقل).
(٤) في ب (قضابًا) والمثبت من أ.
«ونِصَاب السِّكِّين: ما يُقْبض عليه». المصباح (نصب).
(٥) انظر: الأصل ٥٨٣/٣.




بَابُ
ضمان الأجير الخاص



قال أبو الحسن: الأجير من يستحق الأجر بالوقت دون العمل، كرجل استأجر رجلاً ليخدمه شهراً بخمسة دراهم، أو ليَقْصِرَ[1] معه، أو ليخيط معه، أو ليعمل عملاً من الأعمال.

وإنما يسمى خاصاً؛ لأنه لا يصح أن يعمل في المدة إلا لمن استأجره، وحَدُّه: الذي يستحق البدل بتسليم نفسه في المدة، عمل أو لم يعمل.

وحكمه: أن ما [هلك] في يده لا ضمان عليه فيه.

أما على قول أبي حنيفة: فلأنها عين قبضها بإذن مالكها على وجه التمليك والوثيقة.

وأما على أصلهما: فلأنهما استحسنا في تضمين الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس، والأجير الخاص يسلم نفسه في العادة ولا يتسلم المال، فما هلك من عمله فلا ضمان عليه فيه؛ لأن العمل ليس بمضمون عليه، بدلالة أنه يستحق البدل من غير عمل، وما يتولد من فعل غير مضمون لم يكن مضموناً، وإن تعمد الفساد في شيء من ذلك ضمن كما يضمن المُودَعُ إذا تَعَدَّى؛ لأنه مؤتمن في المال والتصرف كالمودع، وعلى هذا أجير القَصَّار والصَّبَّاغ إذا استؤجروا مشاهرة، لم يضمنوا لمن استأجرهم إلا[2] ما تعدوا فيه.

---

(١) من قَصَر الثوبَ: دقّه وبَيَّضه. انظر: مختار الصحاح (قصر).

(٢) في أ (إلا بعد ما تعدوا فيه).




ويضمن القَصَّار والصَّبَاغ ؛ لأنّ عملهم [وقع] له ، فكأنه عمل بنفسه ، ولا يرجع عليهم بما يضمن ؛ لأنه إذا ضمن ملك [العين] ، فكأنه استعمل أجيرًا خاصًا في ماله [فلم يضمنه] .

٢٢٧٦ ـ **فَصْل: [الضمان فيما إذا سرق بعد عمل الأجير]**

وقد قالوا في الأجير المشترك: إذا فرغ من العمل ثم سُرِقَ ما عمل [فيه] ، فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ، ولا أجر له ؛ لأن عمله له أثر في العين [فصار](١) كالعين المبيعة ؛ ولهذا ثبت له حق الحبس فيه ، فإذا تلف قبل التسليم سقط البدل .

وقال أبو يوسف ومحمد: الأجير ضامن ، والمستأجر بالخيار: إن شاء ضمَّنه قيمته معمولاً ويغرم الأجر ، وإن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له ، وهذا على ما بيّناه .

فأما الجَمَّال والحَمَّال إذا بلغ الغاية ثم سُرِق ما حمله ؛ فله الأجر عند أبي حنيفة ولا ضمان عليه ؛ لأن العمل لا أثر له [في العين] فصار مُسَلِّماً حالاً فحالاً .

وقال ابن سماعة ، عن محمد: في رجل دفع ثوباً إلى خياط يخيطه بدرهم [٣٠٢/ب] قميصاً ، فخاطه ثم جاء رجل ففتقه [قبل أن يقبض رب الثوب ، فلا أجر للخياط ؛ وذلك لأن المنافع تلفت] قبل التسليم ، فسقط بدلها ، قال: ولا أجبر الخياط على أن يعيد العمل ؛ لأنه فرغ من العمل المعقود عليه وانقضى العقد ، فلا يلزمه (العمل ثانياً)(٢) .

---

(١) في ب (فهو) والمثبت من أ.

(٢) في أ (العقد تامًا).

وإن كان الخياط هو الذي فتق الثوب فعليه أن يعيده ؛ لأنه لما فتقه فقد فسخ المنافع التي عملها ، فكأنه لم يعمل ، وإذا فتقه الأجنبي فقد أتلف المنافع بدلالة أنه يلزمه الضمان .

وقالوا في المَلَّاح إذا حمل الطعام إلىٰ موضع ، فردّ السفينة إنسان فلا أجر للملاح ، وليس عليه أن يعيد السفينة ، فإن كان هو الذي ردّها لزمه إعادة الحمل إلىٰ الموضع الذي شرط عليه ، وإن كان الموضع الذي رجعت إليه السفينة لا يقدر فيه رب الطعام علىٰ قبضه [منه ، فعلىٰ الملاح أن يسلِّمه في موضع يقدر رب الطعام علىٰ حمله وقبضه] ، فيكون له أجر مثله فيما زاد من هذا المسير ؛ وذلك لأنا لو جَوَّزْنا للمَلَّاح تسليمه في مكان لا ينتفع به ، تلف [الطعام][1] علىٰ صاحبه ، فأمكن إيفاء حقهما : بأن يكلف الملاح حمله بالأجر إلىٰ أقرب المواضع التي يمكن القبض فيها .

قالوا : ولو اكترىٰ بغلاً إلىٰ موضع فركبه ، فلما سار بعض الطريق جَمَحَ به فردّه إلىٰ موضعه الذي خرج منه ، قال : فعليه الكراء بقدر ما سار ؛ لأن الراكب صار مستوفياً للمنافع بنفسه ، فلا يسقط عنه الضمان بعد التسليم .

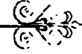
وقال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة : في رجل استأجر رجلاً ليذهب إلىٰ البصرة ليجيء بعياله ، فذهب فوجد بعضهم قد مات ، فجاء بمن بقي ، قال : له من الأجر بحسابه[2] .

وعن أبي حنيفة : في رجل استأجر رجلاً ليذهب بكتاب إلىٰ البصرة إلىٰ

---

(١) في ب (المال) والمثبت من أ .

(٢) الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٥١٧ .



فلان ويجيء بجوابه، فذهب فوجد فلاناً قد مات فرَدَّ الكتاب، قال: لا أجر له.

وقال محمد: له الأجر في الذهاب، أما إذا استأجره ليحمل [عِياله] فالمقصود ليس هو الذهاب والعود، وإنما المقصود الحمل، فإذا مات بعضهم سقط حصته.

وأما وجه قول أبي حنيفة في الكتاب: فلأنه لما عاد به فقد نقض المنافع التي فعلها[1]، فصار كمن استأجر علىٰ حمل طعام إلىٰ البصرة إلىٰ فلان، فحمله فوجده قد مات فرده [فلا شيء له]، ولأن المقصود ليس هو حمل الكتاب، وإنما المقصود إيصاله إلىٰ فلان، ولم يوجد ذلك.

لمحمد: أن العمل في الذهاب [إلىٰ البصرة] قد أوقعه علىٰ الوجه الذي أمره به، فاستحق حصته ولم يوقع العود علىٰ الوجه المأمور به، (فلم يجب له به أجر)[2]، ولا يجوز أن يقال: إنه نقض المنافع برَدِّ الكتاب؛ لأن الكتاب لا حمل له ولا مؤونة فلا يصير برده ناقضاً [للعمل].

وليس كذلك الطعام؛ لأن له مؤونة في الحمل، فإذا رده نقض ما أوقعه من المنفعة.

٢٢٧٧ ـ فَصْل: [ضمان الأجير المشترك فيما ليس بمأذون فيه]

وقالوا في الأجير المشترك: إذا كان خاصًا فوطئ علىٰ ثوب من القصارة فخرقه ضمن؛ لأن [٣٠٣/أ] هذا العمل ليس بمأذون فيه، ولو وقع من يده سراج فأحرق ثوباً من القصارة، فالضمان علىٰ الأستاذ ولا ضمان علىٰ الغلام؛ لأن

---

(١) في أ (صلحها).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه.

ولو دقّ هذا الغلام ثوباً فانفلت الكِدّين من يده فخرق ثوباً من القصارة فالضمان على الأستاذ؛ لأن هذا من عمل القَصَّارِ، فإن كان ثوباً وديعة عند الأستاذ، فالضمان على الغلام؛ لأن القصار لم يسلطه على عمل هذا الثوب، وكذلك لو وقع من يده سراج عليه فأحرقه.

وقال في الأصل: لو أن رجلاً دعا قوماً إلى منزله، فمشوا على بساطه فتخرّق، لم يضمنوا، وكذلك لو جلسوا على وسادة؛ لأنه مأذون في هذا العمل، فما يتولد منه ليس بمضمون، ولو وطئوا إناءً من آنيته ضمنوا؛ لأن هذا لا يؤذن في وطئه، وكذلك لو وطئوا ثوباً لا يبسط مثله.

قال: ولو قلبوا(١) إناءً بأيديهم فانكسر لم يضمنوا؛ لأنه مأذون لهم في استعماله، ولو كان رجل منهم متقلدًا سيفًا فخرق السيف الوسادة لم يضمن؛ لأنه مأذون له في الجلوس على هذه الصفة.

قال: فلو جفف القصار ثوباً على حبل في الطريق فمرّت عليه حمولة فخرقته، فلا ضمان على القصار، والضمان على سائق الحمولة؛ وذلك لأنه جانٍ في السوق، ألا ترى أن المشي في الطريق بشرط السلامة [مأذون فيه لا غير]، فلا يلزم القصار ضمان ذلك، ولزم السائق(٢).



(١) في أ (وطئوا).
(٢) انظر: الأصل ٣/٥٦٧؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٩٨.

بَابُ
إجارة العَقَار



قال أبو الحسن: إذا استأجر الرجل دارًا أو حانوتًا، أو غير ذلك من العقار غير المزارع مدة معلومة بأجر معلوم، فله الانتفاع بها كيف شاء من السكنىٰ، [وجعل المتاع فيها](١) أو غيره، وأن يُسْكِنَ فيها من أَحَبَّ، ويؤاجرها ويعيرها، غير أنه لا يجعل فيها حَدَّاداً ولا قَصَّاراً ولا ما يضر بالبناء، ولا تفسد الإجارة، إلا أن لا يسمىٰ ما يعمل فيها(٢).

والأصل في ذلك: أن منافع العقار للسكنىٰ غير متفاوتة إذا لم يكن فيها ما يوهن البناء، وذلك مستثنىً، فصارت المنفعة معلومة، (فلا يحتاج إلىٰ تسمية نوعها؛ ولأنها تصير)(٣) بالعادة، ألا ترىٰ أن من اكترىٰ دكانًا في صف البزازين فالظاهر أنه بزاز، وإن كانت [المنافع] غير متفاوتة لم يحتج إلىٰ تسميتها.

وليس له أن يجعل فيها قَصّارًا، ولا حَدَّادًا، ولا طَحَّانًا، إلا أن يسمي ذلك؛ [لأن] هذا يوهن البناء ويزيد علىٰ مقدار منفعة السكنىٰ، ولا يجوز إلا بتسمية.

وإنما كان له أن يسكنها بنفسه وبغيره؛ لأن المنفعة لا تتفاوت بزيادة السكان، إلا تفاوتًا قريبًا [٣٠٣/ب] غير معتدٍ به، وله أن يؤاجر؛ لأنه يملك المنفعة،

---

(١) في ب (ويجعل فيها متاعًا) والمثبت من أ.

(٢) في أ (إن لم يسم).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.




فجاز أن يعقد علىٰ ملكه، وله أن يعير؛ لأنها منافع [تحدث] علىٰ ملكه، فجاز أن يبيحها لغيره.

وأما إذا استأجر أرضاً للزراعة لم يجز [العقد] حتىٰ يسمي ما يزرع فيها، أو يجعل له أن يزرع ما شاء؛ لأن منافع الزراعة تختلف، فلم يجز العقد مع جهالة المعقود عليه(١).



(١) انظر: الأصل ٣/٤٦٣ وما بعدها.

بَابُ
الأوقات التي يقع عليها [عقد] الإجارة



قال أبو الحسن: إذا استأجر الرجل دارًا يومًا، أو شهرًا، أو سنةً، وذكر مدة من المدد، فابتداء المدة من حين وقع العقد، وهذا على ما بيّنا أنه حكم تعلق بمدة مطلقة لا على طريق القربة، فكان ابتداؤها عقيب السبب، كالإيلاء.

وقد قال أصحابنا: إن العقد يجوز على سَنَةٍ، وعلى ما زاد عليها إذا كانت المدة معلومة.

وقال الشافعي في أحد قوليه: لا تجوز الإجارة أكثر من سنة، وفي القول الآخر على قولين: أحدهما: لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة[1]، والآخر: يجوز أبدًا[2].

لنا: قوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القصص: ٢٧]؛ ولأن ما جاز أن يكون أجلاً في الدين، جاز أن يكون أجلاً في الإجارة، كالسنة الواحدة.

وقد قال أصحابنا: (إذا أجّر داره سنين معلومةً)[3] بأجرة معلومة، جاز وإن

---

(١) في أ (ثلاث سنين).

(٢) انظر: مختصر المزني ص١٢٦؛ وقال النووي في منهاج الطالبين: «يصح عقد الإجارة مدة تبقى فيها العين غالبًا...» ص ٣١١ (دار المنهاج)؛ قال العثماني: «وهو الراجح من مذهب الشافعي» رحمة الأمة ص ٣٤٦.

(٣) في أ (إذا استأجر دارًا).

لم يبين أجرة كل سنة.

وقال الشافعي على القول الذي جَوَّز الإجارة أكثر من سنة: لا يجوز حتى يبيّن حصة كل سنة.

لنا: أنها مدّة معلومة ذكر لها أجرة معلومة، فجازَ وإن لم يبيّن أجرة كل جزء منها كالسنة الواحدة إذا لم يبيّن كل شهر(١).

٢٢٧٨ - فَصْل: [الإجارة وقعت في بعض الشهر لسنة]

فإذا آجر شهراً أو شهوراً ووقعت الإجارة في بعض الشهر، فله الشهر ثلاثون يوماً؛ وذلك لأن الشهر في الإطلاق عبارة عن استهلال الهلال وعن العدد، ولا يمكن اعتبار الهلال في مسألتنا، فلم يبق إلا اعتبار العدد.

وأما إذا آجر شهوراً فروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن الشهور كلها بالأيام، وهو قول أبي يوسف، وقال في الأصل: إذا استأجر سنة مستقبلة أولها هذا اليوم، وهذا اليوم لأربعة عشر مضت من الشهر، فإنه يسكن بقية هذا الشهر، وأحد عشر [شهرًا] بالأهلة، وستة عشر يوماً من الشهر الباقي حتى يستكمل اثنا عشر شهراً منها: بالأيام شهر وأحد عشر شهراً بالأهلة(٢).

وروى ابن رستم عن محمد مثل ذلك.

وجه رواية الأصل: أن إطلاق الشهور يقتضي الأهلة، وذلك لا يمكن في الشهر الأول، ويمكن فيما بعده، فما أمكن فيه حمل على الظاهر، وما لم يمكن

(١) انظر: الأصل ٤٦٢/٣ وما بعدها.

(٢) الأصل ٤٦٤/٣.



حمل على الأيام؛ ولأن كل جزء [٣٠٤/أ] من الإجارة كالمعقود عليه عقد مبتدأ، فصار عند تمام الشهر كأنه عقد الإجارَة، فيكون بالأهلة.

وفرق بين هذا وبين العدة في إحدى الروايتين؛ لأن كل جزء من العدة ليس بعدة مبتدأة، ولأن العدة تجب لحق الله تعالى، فاعتبر فيها الاحتياط، بزيادة العدد، والإجارة حق للآدمي فلا يثبتها بالاحتياط.

ووجه الرواية الأخرى: أن ابتداء الإجارة لما اعتبر بالأيام اعتبر بقيتها بذلك؛ لأنها تثبت على وجه واحد؛ ولأنه يكمل الشهر الأول بالأيام [لأن اليوم يكمل من الثاني، والشهر يكمل] من الثاني، فإذا كمل صار أول الشهر الثاني بالأيام فيكمل من الثالث.

٢٢٧٩ - فَصل: [الإجارة لوقت مستقبلة]

وإذا عقد الإجارة على وقت ولم يأت بعد، فالإجارة جائزة، وهو قول أبي يوسف ومحمد والحسن، وهذا مثل أن يقول في رمضان: أجّرتك هذه الدار سنة، أولها غرة المحرم.

وقال الشافعي: إذا عقد (عقدًا ممتدًا)[١] على مدة مستقبلة ولم يجعل أولها عقيب العقد [فالعقد فاسد، وإن عقد على مدة معلومة ثم أراد أن يعقد ما بعد تلك المدة] مع غير [المستأجر][٢] لم يجز، وإن عقد مع المستأجر ففيه قولان[٣].

لنا: أن كلّ مدة جاز أن يعقد عليها الإجارة مع غيرها، جاز أن يعقد عليها

(١) ساقطة من أ.
(٢) في ب (العقد للمستأجر) والمثبت من أ.
(٣) انظر: الأصل ٤٦٤/٣؛ المهذب ٥١٨/٣؛ المنهاج ص ٣٠٨.

منفردة من [أخرىٰ][(١)] كالشهر الذي يلي العقد؛ ولأن كل حكم جاز أن يعلق علىٰ مدة عقيب السبب، جاز أن يعلق علىٰ مدة لا يتعقبه كالإيلاء؛ ولأنه أحد نوعي الإجارة فجاز شرط تأخير[(٢)] المنفعة فيه، كما لو كانت الإجارة علىٰ [باقي المدة][(٣)].

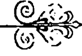
قال محمد: إن أراد المؤاجر بيع الدار، فللمستأجر أن يمنعه من ذلك، يعني: إذا أراد بيعها قبل [مضي][(٤)] وقت الإجارة؛ وذلك لأنه يمنع بالبيع من تعيين حق المستأجر فيها، وقد استحق ذلك بالعقد، فلم يجز له إبطاله من غير عذر.

قال: وتسليم ذلك كله أن يُخَلِّي بينه وبينه، ولا مانع من الانتفاع به؛ لأن التسليم الذي يستحق علىٰ العاقد هو التخلية التي يتمكن معها [الآخر][(٥)] من القبض، علىٰ ما بيناه في البيع، فأما قبض المستأجر فلا يقدر عليه المؤاجر، فلا يستحق عليه.

٢٢٨٠ـ فَصْل: [ما يصحّ به الإجارة من الأثمان]

قال: وما صَحَّ به الشراء من الأثمان فهو كذلك في الإجارة، وما لا فلا[(٦)]، وإنما اعتبر الأجرة بالثمن؛ لأن النبي ﷺ أجرَاهما مجرىٰ واحداً، فقال في السَّلم

(١) في ب (أجنبي) والمثبت من أ.
(٢) في أ (تأجيل).
(٣) في ب (ما في الذمة) والمثبت من أ.
(٤) في ب (قبل حضور) والمثبت من أ.
(٥) في ب (الأخذ) والمثبت من أ.
(٦) في أ (وما لم يجز في الشراء فلا يجوز أيضًا في الإجارة).



«من أسلم فليُسلم في كل معلوم أو وزن معلوم»، وقال في الإجارة: **«من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»**[1].

وقد قالوا في الأجرة: إذا كانت مكيلاً أو موزونًا بغير عينه فلا بد من معرفة جنسه، وصفته، ونوعه، وقدره، والمكان [٣٠٤/ب] الذي يسلمه فيه على قول أبي حنيفة؛ لأنه يختلف باختلاف الأماكن لما يلزم عليه من الحمل والمؤونة.

وقالا: لا يحتاج إلى تسمية المكان، وتسليم ذلك عند الأرض المستأجرة، فاعتبرا تسليم البدل في المكان الذي ملك فيه المعقود عليه.

وقد قالوا في جواز التصرف في الأجرة: إذا وجبت ما قالوا في جواز التصرف في الثمن، فإن لم يجب فعلى الخلاف الذي قدمناه.

وقالوا: إذا كانت الأجرة عينًا لم يجز التصرف فيها قبل القبض، كما لا يجوز التصرف في المبيع، فأجروا أحد العقدين مجرى العقد الآخر.



(١) سبق تخريجه.

بَابٌ
الإجارة تقع على أحد شرطين أو أحد شيئين



قال أبو الحسن: إذا وَقع عقد الإجارة علىٰ أحد شيئين وسمىٰ لكل واحد منهما أجرًا معلوماً فذلك جائز، كرجل قال لآخر: قد آجرتك هذه الدار بخمسة دراهم، أو هذه الأخرىٰ بعشرة دراهم، أو كان هذا القول في حانوتين، أو عبدين، أو مسافتين مختلفتين، فقال: قد آجْرتك هذه الدابة إلىٰ واسط، أو إلىٰ الكوفة بكذا، فذلك [كله] جائز عند أصحابنا جميعاً.

وكذلك إن خيّره بين ثلاثة أشياء، فإن ذكر أربعة لم يجز، وعلىٰ هذا في أنواع الخياطة والصبغ، إن ذكر ثلاثة جاز، ولا يجوز فيما زاد عليها قياساً علىٰ البيع.

وقال الشافعي: العقدان جميعًا فاسدان[1]، وهو الظاهر من قول زفر.

لنا: أن الإجارة [قد] سومح فيها في باب الحظر والجهالة، (والحظر والجهالة)[2] أجريا في العقود مجرىٰ واحداً، فإذا جاز أحدهما جاز الآخر؛ ولهذا المعنىٰ لم يجوّزوا البيع في أحد عبدين إلا بشرط الخيار، وجوّزوا العقد في إحدىٰ المنفعتين من غير شرط الخيار؛ ولأن الأجرة عندنا لا تجب بالعقد، وإنما تجب بالعمل، فإذا قَبِل[3] في أحد العملين صار البدل[4] معلوماً عند

(١) انظر: المهذب ٣/٥٢٠.
(٢) زيادة في ب.
(٣) في أ (أخذ).
(٤) في أ (العمل).

وجوبه، فجهالته قبل ذلك لا تؤثر.

وعلىٰ الشافعي: أنه خَيَّره بين عملين معلومين كل واحد منهما ببدل معلوم، فوجب أن يصح كما لو قالوا: إن رددت الآبق من الكوفة فلك درهم، وإن رددته من موضع كذا فلك كذا، وهذا قد وافقونا عليه، وسمّوه جُعلاً له؛ ولأنه خيّره بين منفعتين يصح إفراد كل واحدة [منهما] بالعقد، فصار كما لو قال: إن خطت هذا الثوب فبدرهم، وإن خطت هذا الآخر فبدرهمين، وعملهما سواء، أو قال: إن سرت علىٰ هذه الدابة إلىٰ موضع كذا فبدرهم، وإن سرت إلىٰ موضع كذا فبدرهمين، والمسافة سواء.

٢٢٨١ـ فَصْل: [خيار الأجير بين منفعتين معلومتين]

قال: وإذا دفع إلىٰ خياط ثوبًا فقال: إن خطته فارسيًا [٣٠٥/أ] فلك درهم، وإن خطته روميًا فلك درهمان، (أو قال لصَبّاغ: إن صبغته بعصفر فلك درهم، وإن صبغته بزَعْفَرَان فلك درهمان)[١]، فذلك أيضًا جائز؛ وذلك لأنه خَيَّره بين منفعتين معلومتين؛ ولأن الأجرة لا تجب إلا بالعمل، وحين يبتدئ بالعمل بأحد العملين تتعين الأجرة.

وقد قال زفر: العقد فاسد؛ لأن المعقود عليه مجهول.

٢٢٨٢ـ فَصْل: [الإجارة بالخيار بين منفعتين معلومتين]

فإن قال: قد آجرتك هذه الدار شهرًا علىٰ أنك إن قعدت فيها حدادًا فأجرها

---

(١) ساقطة من أ.

عشرة، وإن بعت فيها البَزّ فبخمسة[1]، فالإجارة جائزة في قول أبي حنيفة الأخير.

وقال أبو يوسف ومحمد: الإجارة فاسدة.

لأبي حنيفة: أنه خيره بين منفعتين معلومتين، فصار كالخياطة الرومية والفارسية.

لهما: أن الأجرة لا تجب بالسكنىٰ، وإنما تجب بالتخلية، وحال التخلية لا يُدرىٰ أيهما يسكن، فكان البدل مجهولاً عند وجوبه، فلم يصح العقد، وليس كذلك الرومي والفارسي؛ لأن البدل يجب بابتداء العمل، فلا بد من أن يبتدئ بأحد العملين، فيتعين البدل معلومًا عند وجوبه.

وعلىٰ هذا الخلاف: كل ما كان أجره يجب بالتسليم ولا يعلم الواجب به، فهو باطل عندهما، وعند أبي حنيفة: العقد جائز، وأيّ المنفعتين استوفىٰ وجب عليه أجر ذلك ما سمىٰ، فإن أمسك الدار ولم يسكن فيها حتىٰ مضت المدة، فعليه أقل المسمّيين[2]؛ وذلك لأن الزيادة إنما تستحق باستيفاء منفعة زائدة، ولم توجد ذلك، فوجب بالتخلية أقلّ الأمرين.

٢٢٨٣ ـ فَصْل: [الجمع بين شرط فاسد وصحيح في عقد واحد]

قال محمد: وإذا استأجر دابة من بغداد إلىٰ القصر بخمسة، وإلىٰ الكوفة بعشرة، فإن كانت المسافة إلىٰ القصر نصف الطريق إلىٰ الكوفة، فالإجارة

---

(١) في أ (وإن قعد فيها بزازًا فأجرها خمسة).

(٢) في أ (التسميتين).

جائزة، وإن كانت أقل أو أكثر فهي فاسدة، وهذا على أصله؛ لأن المسافة إذا كانت النصف فحال ما يسير[1] يصير البدل معلوماً؛ لأنه إن سار إلى القصر أو إلى الكوفة فالأجرة إلى القصر خمسة، وأما إذا كانت المسافة [إلى القصر] أقل أو أكثر من النصف، فحال ما يسير [تصير] الأجرة مجهولة؛ لأنه إن سار إلى القصر فالأجرة خمسة، وإن سار إلى الكوفة فالأجرة إلى القصر بحصته من المسافة، وجهالة الأجر عند سبب وجوبها يفسد العقد عنده.

فأما على أصل أبي حنيفة: فالعقد جائز في الوجهين [جميعًا]؛ لأنه سمّى منفعتين معلومتين لكل واحدة منها بدل معلوم.

قال: ولو استأجر خياطًا يخيط له ثوبًا، فقال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدًا فلك [٣٠٥/ب] نصف درهم، فالشرط الأول عند أبي حنيفة صحيح، والثاني فاسد.

وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان [جميعًا] جائزان.

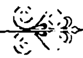
وقال زفر: باطلان، وهو قول الشافعي[2].

أما اليوم الأول فلأنه سمى منفعة معلومة وبدلاً معلومًا، ففساد الشرط الثاني لا يؤثر فيه، كمن عقد إجارة صحيحة وإجارة فاسدة.

وعلى الشافعي: أنه سمى عملاً معلوماً وبدلاً معلوماً، فلا يفسد بضم شرط منفعة أخرى [إليه]، كما لو قال: إن رددت الآبق اليوم فلك درهم، وإن رددته

(١) في أ (فحال ما يسير البدل معلومًا).

(٢) انظر: المهذب ٣/٥٢٠.

غدًا فلك [نصف درهم][(١)].

وأما [الشرط][(٢)] الثاني، فوجه قول أبي حنيفة: أن العقد الأول قد صحّ وموجبه أجر المثل إن لم يقع الوفاء به، فإذا شرط في اليوم الثاني [نصف درهم] فقد نفى موجب العقد الأول، والعقد إذا صح لم يجز نفي موجبه، وليس كذلك الخياطة الرومية والفارسية؛ لأن العقد الأول قد صح ولم ينف موجبه بالشرط الثاني؛ لأنه لو خاطه فارسيًا وقد شرط [عليه] روميًّا لم يستحق شيئاً، فلما لم ينف موجب الأول صح الثاني.

وجه قولهما: أن العمل في كل واحد من اليومين فيه [غرض صحيح]، ألا ترى أن الإنسان يقصد أن يتعجل الثوب ليتجمّل به، أو يبيعه، وإذا اختلف الغرض في يومين صار كالنوعين [من العمل].

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة إذا خاطه في اليوم الثاني: فقال في إحدى الروايتين: له أجر مثله، لا يزاد على ذلك ولا ينقص عن نصف درهم، وهذه رواية الأصل والجامع الصغير، ورواية محمد في الإملاء وإحدى الروايتين عن ابن سماعة، عن أبي يوسف في نوادره، وإحدى روايتي ابن سماعة أيضاً، عن محمد في نوادره[(٣)].

وروى ابن سماعة، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة في نوادره رواية أخرى: أن له في اليوم الثاني أجر مثله لا يزاد على نصف درهم، وهي الرواية

(١) في ب (كذا) والمثبت من أ.
(٢) في ب (العقد) والمثبت من أ.
(٣) في أ ذكر رواية محمد فقط.




الصحيحة، ووجهها: أن الإجارة الفاسدة تجب فيها أجر المثل، لا يزاد على المسمى، والمسمى في [اليوم] الثاني نصف درهم، فأما الدرهم فهو مسمى في اليوم الأول، وذلك عقد آجر، فلا يعتبر به.

ووجه رواية الأصل: أن العمل في اليومين عمل واحد، وقد رضي الخياط بالدرهم مع تعجيل العمل، فلا يزاد عليه مع التأخير، وقد بذل صاحب الثوب نصف درهم فلا ينقص منه.

٢٢٨٤ - فَصْل: [تكملة المسألة السابقة في الجمع بين الشرطين]

فإن خاط في اليوم الثالث، روى ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة: أن له أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم، [لأن صاحب الثوب لم يرض] وقالا: له أجر مثله لا يجاوز به درهم.

والصحيح عن أبي حنيفة: أنه لا يجاوز به نصف درهم؛ لأن صاحب الثوب لم يرض بتأخيره إلى الغد بأكثر [٣٠٦/أ] من نصف [درهم]، فإذا أخره إلى الثالث أولى[1]، والذي ذكره من قولهما خلاف ما في الأصل، والصحيح عنهما: أنه ينقص من نصف درهم مثل الرواية الأخرى عن أبي حنيفة.

٢٢٨٥ - فَصْل: [اشتراط الأجر في اليوم الأول ونفيه في الثاني]

قال: فإن قال: إن خطته اليوم فبدرهم، وإن خطه غدًا فلا أجر لك، فإن محمدًا قال في إملائه: إنه إن خاطه في اليوم الأول فله الدرهم، وإن خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم؛ وذلك لأنه نفى [موجب] العقد

---

(١) في أ (فإلى بعد الغد أولى).

الأول (حين لغىٰ الثاني، فوجب له أجر المثل)[1]، كما لو شرط [بغير عوض فوجب] عوضًا آخر، [ولا يجوز أن] يقال: إنّ المنفعة لا [تتقوم] إلا بالشرط، وقد شرط أن لا عوض لها في اليوم الثاني؛ لأنه نفىٰ بهذا الشرط[2] موجب العقد الأول، ونفيه لا يصح؛ ولأنه استأجره بغير عوض، فهو[3] كمن باع بغير عوض أن القيمة واجبة.

٢٢٨٦ـ فَصْل: [ربط استحقاق المسمىٰ بالوفاء بالشرط]

وقال محمد في إملائه[4]: قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً دفع إلىٰ خياط ثوبًا يقطعه ويخيطه قميصًا علىٰ أن يفرغ منه في يومه هذا، أو اكترىٰ منه إبلاً إلىٰ مكة علىٰ أن يدخله إلىٰ عشرين ليلة، فكل بعير بعشرة دنانير، ولم يزد علىٰ هذا، فالإجارة جائزة، فإن وَفَّىٰ بالشرط أخذ الأجرة التي شرط، وإن لم يفِ بالشرط فله أجر مثله لا يزاد علىٰ ما شرط، وهذا قول أبي يوسف وقولنا؛ وذلك لأنه لما ابتدأ بذكر العمل والمسير، صار هو المقصود بالعقد، وذكر المدة من بعده لتعجيل العمل.

فإن عَجَّله فقد وفّىٰ بالشرط واستحق المسمىٰ، وإن لم يعجله ولم يف بالشرط، فكان له أجر المثل.

وقال بشر عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: إذا استأجر الدابة إلىٰ الكوفة

---

(١) في أ (حين أسقط الآخر في اليوم الثاني، وإنما جعل العمل في اليوم أجر المثل).
(٢) في أ (العقد).
(٣) في أ (فصار).
(٤) في أ (المضاربة).




أيامًا مسماة فالإجارة فاسدة، وكذلك إذا قال: استأجرتك اليوم لتخيط هذا الثوب، أو لتخبز قفيز دقيق، فالعقد فاسد عند أبي حنيفة، وجائز عندهما[1].

لأبي حنيفة: أنه لما ابتدأ بالمدة صارت مقصودة، وقد ذكر العمل وهو مقصود، فجمع في العقد بين أمرين يجوز أن يكون كل واحد منهما معقودًا عليه، وحكمهما مختلف في العقد، ألا ترىٰ أن العقد علىٰ المدة يقتضي وجوب الأجرة من غير عمل، والعقد علىٰ العمل يقتضي وجوب الأجرة [عند وجود العمل] به[2].

ولأنه إذا استأجره عشرة أيام علىٰ أن يحمله إلىٰ مكة، فإن حمله في أقلّ منها فقد بقي بعض المدة المعقود عليها، وإن حمله في أكثر منها فقد استعمله في مدة لم يعقد عليها، وهذا يوجب فساد العقد.

وليس كذلك الفصل الأول الذي حكاه محمد في الإملاء؛ لأنه عقد [٣٠٦/ب] علىٰ العمل؛ لأنه ابتدأ بذكر المدة بشرط التعجيل.

لهما: أن العمل هو المقصود، وإنما ذكر المدة لشرط التعجيل، فلا يفسد ذلك العقد.



(١) في أ (وقال أبو يوسف ومحمد: جائز).

(٢) في ب (به) فقط، والمثبت من أ.




بَابُ
أنَّى يجب تسليم الدابة المستأجرة



قال أبو الحسن: وإذا اكترىٰ الرجل دابة يركبها في حوائجه في المصر وقتًا معلومًا، فمضىٰ الوقت فليس عليه أن يسلّمها إلىٰ صاحبها بأن يمضي بها إليه، وعلىٰ الذي أجّرها أن يقبض من منزل المستأجر؛ وذلك لأن الدابة في يد المستأجر أمانة يمسكها لمنفعة المؤاجر، وهي سلامة الأجر [له]، ولم يكن عليه الرد، كالوديعة.

فإن أمسكها أيامًا فهلكت [في يده] لم يضمنها؛ لأنه لم يتعد في إمساكها، كالمودع، (فإن حملها إلىٰ منزله فأمسكها حتىٰ عطبت ضمن؛ لأنه تعدىٰ في حملها إلىٰ غير موضع العقد)[1].

وأما الوديعة فلا يلزم المُوْدَع ردها؛ لأنه تبرع بالحفظ، فلا يلزمه أن يتبرع بالرد، وأما [العارية][2] فعلىٰ المستعير الرد؛ لأنه أمسكها لمنفعة نفسه، وقد تبرع عليه المالك بمنفعتها، فكان الرد إلىٰ يده عليه.

وكذلك المغصوب؛ لأن الغاصب أزال يد المالك بغير حق[3]، فكان عليه رد اليد علىٰ الوجه الذي أزال.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٢) في ب (المعير) والمثبت من أ.
(٣) في أ (عوض).




قال: وإن كان قد استأجره من موضع مسمىٰ في المصر ذاهبًا وجائيًا، فإن علىٰ المستأجر أن يأتي بها ذلك الموضع الذي قبضها فيه؛ وذلك لأن انتهاء الإجارة إلىٰ هذا الموضع، فلزمه أن يصير إليه ليس لأجل الرد، ولكن [لأجل المسافة][1] التي تناولها العقد.

فإن حملها إلىٰ منزله أو أمسكها حتىٰ عطبت ضمن قيمتها؛ لأنه تعدىٰ في حملها إلىٰ غير موضع العقد، فإن [قال][2] المستأجر أركبها من هذا الموضع إلىٰ موضع كذا وأرجع إلىٰ منزلي، فليس علىٰ المستأجر أن يردها إلىٰ منزل المؤاجر؛ لأن الإجارة انقضت لما عاد إلىٰ منزله، وبقيت أمانة في يده لم يتبرع [المالك] بتسليمها كالوديعة[3].



(١) في ب (للمسافة) والمثبت من أ.

(٢) في ب (كان) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٥٣٥/٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٩٤/٣.

بَابُ
ما يستأجر فيحدث فيه ما يوجب الفسخ [أو لا يوجب]



قال أبو الحسن: وإذا استأجر الرجل عبدًا لخدمته، أو دابةً يركبها، أو دارًا [يسكنها]، فحدث بذلك عيب يضر بالانتفاع [بما استأجر]، فالمستأجر بالخيار: إن شاء مضىٰ علىٰ الإجارة، وإن شاء فسخ، فإن مضىٰ علىٰ ذلك فعليه الأجر تامًا لا ينقص منه شيء؛ وكذلك إن كان الحدث سقوط بيت منها فمضىٰ علىٰ الإجارة، فعليه جميع الأجر.

[قال]: والأصل في ذلك أن العيب إذا حدث بالعين المستأجرة فهو علىٰ ضربين: أحدهما: أن لا يؤثر ذلك في المنافع، فلا يثبت الخيار كالعبد المستأجر إذا ذهبت إحدىٰ عينيه، فذلك لا يضر بالخدمة، أو سقط [٣٠٧/أ] شعره.

وكالدار إذا سقط منها حائط لا ينتفع به في السكنىٰ؛ وذلك لأن العقد علىٰ المنفعة دون العين، وهذا النقص حصل في العين دون المنفعة، والنقص في غير المعقود عليه لا يثبت الخيار.

فأما إذا كان النقص يؤثر في المنافع كالعبد إذا مرض، والدابة إذا [دَبِرَت][١]، والدار إذا انهدمت بعض بنائها، فالمستأجر بالخيار؛ لأن كل جزء من [المنفعة كا] لمعقود عليه عقد ابتداءً، فحدوث العيب به يوجب الخيار؛ لأن المنافع تحصل في قبض المستأجر حالاً فحالاً، فما حدث من عيب بها فهو

(١) في ب (بزغت) والمثبت من أ. يقال: «دَبِر الحيوان دَبَرًا: أصيب ظهره بقروح». الوجيز، (دبر).

حادث قبل القبض، فيثبت [له] الخيار كالمبيع إذا عاب قبل القبض.

[وإذا ثبت][1] أن للمستأجر الخيار فاستوفى المنفعة، فقد رضي بالمعقود عليه مع العيب، فيلزمه جميع البدل كالمشتري إذا رضي بالمبيع المعيب.

قال: فإن بنى المؤاجر ما سقط في الدار فلا خيار للمستأجر؛ لأن العيب زال، والخيار إذا ثبت للعيب، ولم ينفسخ العقد حتى زال العيب سقط الخيار.

وقال: فإن كان المؤاجر غائباً فحدث [له] ما يوجب الفسخ، فليس للمستأجر أن يفسخ ذلك؛ لأن فسخ العقد لا يجوز إلا بحضور المتعاقدين، أو من قام مقامهما.

قال: وإن سقطت الدار كلها فله أن يخرج، كان صاحب الدار شاهداً أو غائباً، وهذه المسألة تكلم أصحابنا فيها على طريقين: فمنهم من قال: إن الإجارة تنفسخ بوقوع الدار وانقطاع الماء عن [الرحا][2]، وانقطاع الشِّرب عن الأرض إذا كان [لا][3] يمكن أن يزرع عذبًا، واستدل من قال بهذه الطريقة[4]: لأنه يجوز له الخروج من الدار مع غيبة المؤاجر، فلو لم يكن انفسخت وقف الفسخ على حضوره، والدليل على ذلك أن منفعة الدار بعد سقوطها قد بطلت، ألا ترى أنه لا يمكن أن ينتفع بها الجنس الأول من الانتفاع، وإنما ينتفع بها بوجه آخر وهو أن يضرب فيها خيمة، وتَلَفُ المعقود عليه يوجب فسخ العقد.

---

(١) في ب (وإذا لم يثبت) والمثبت من أ.

(٢) في ب (الدكان) والمثبت من أ.

(٣) الزيادة من أ.

(٤) في أ (بهذه المسألة).

ومن أصحابنا من قال: إن ذلك العيب لا يوجب فسخ العقد؛ لأنهم قالوا في كتاب الصلح: إذا صالح على سكنى دار فانهدمت، لم ينفسخ الصلح.

وروى هشام عن محمد: فيمن استأجر بيتًا وقبضه ثم انهدم، فبناه الآجر، [فقال المستأجر] بعدما بنى الآجر: لا حاجة لي فيه. قال محمد: ليس للمستأجر ذلك، وكذلك لو قال المستأجر: [آخذه وأبى الآجر][1]؛ لأن للمستأجر أن يقول: أنا أرضى أن يكون معي أرض البيت، وهذا نص في أن الإجارة لم تنفسخ.

ووجه ذلك: أن الدار بعد الهدم يمكن الانتفاع بها بالسكنى، بأن يضرب فيها خيمة، وما دام [٣٠٧/ب] شيء من المعقود عليه بحاله لم ينفسخ العقد.

والصحيح: أن العقد قد انفسخ؛ لأن هذا الضرب من الانتفاع ليس هو الجنس المعقود عليه، فلا يعتبر بقاؤه، والذي قاله في البيت إذا بناه فليس يمتنع أن يكون الفسخ مُراعى، فإذا عاد البناء عاد العقد، كالشاة ماتت في يد البائع بطل البيع فيها، فإن دبغ جلدها بقي العقد فيه.

وقد قال محمد في السفينة إذا نقضت فصارت ألواحًا ثم بناها: لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر؛ لأن العقد انفسخ فيها، والألواح تابعة للصناعة، بدلالة أن الغاصب يملك الخشب[2] إذا عمله سفينة فصارت كسفينة أخرى، وعرصة الدار لا تتبع البناء، فإذا بناها فهي تلك الدار بعينها.

وقد قال محمد: فيمن استأجر رحا ماءٍ سنة، فانقطع الماء بعد ستة أشهر، فأمسك الرحا حتى مضت السنة، فعليه الأجر لستة أشهر ولا شيء عليه فيما

(١) في ب (أجره وإلى الأجر)، والمثبت من أ.
(٢) في أ (السفينة).




بقي ؛ لأن الرحا بطلت منفعتها فانفسخ العقد.

قال: فإن كان البيت ينتفع به لغير الطحن، فعليه من الأجرة بحصته ؛ لأنه بقي جزء من المعقود عليه له حصة بالعقد، فإذا استوفاه لزمه حصته[1].

٢٢٨٧ - **فَصْل: [استيفاء بعض المعقود عليه دون بعض]**

فإن كان لمّا آجره الدار سَلَّمها إلا بيتًا منها، ومنعه رب الدار أو غيره بعد ذلك منه، فلا أجر على المستأجر في البيت ؛ وذلك لأنه استوفى بعض المعقود عليه دون بعض، فسقط حصة ما لم يستوف.

قال: وللمستأجر أن يمتنع من قبول الدار بدون البيت، وأن يفسخ الإجارة إن حدث ذلك بعد قبضه ؛ وذلك لأن الصفقة في المنافع تفرقت عليه، وتفريق الصفقة يثبت الخيار.

قال: وتطيين الدار وإصلاح ميازيبها ومائها من بنائها على رب الدار دون المستأجر ؛ لأنها على ملكه، وإصلاح الملك على مالكه، ولا يجبر على ذلك ؛ لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه ؛ ولأن هذا عيب بالمعقود عليه فلا يلزم العاقد إزالة العيب، وللمستأجر أن يخرج إن لم يعمل المؤاجر ؛ وذلك لأنه عيب بالمعقود عليه.

وإن كان استأجرها وهي كذلك ورآها فلا خيار له ؛ لأنه عقد على معيب مع علمه بالعيب.

قال: وإصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار، ولا يجبر على

(١) انظر: الأصل ٣/٤٦٥، ٥٧٤ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٩٢ وما بعدها.

ذلك ؛ وإن كان امتلأ من فعل المستأجر ، وهذا على ما قدمنا .

وقد قالوا في المستأجر إذا انقضت مدة الإجارة وفي الدار تراب من كنسه ، فعليه أن يرفعه ؛ لأنه حدث بفعله ، فصار كمتاع وضعه فيها ، فإن كان امتلأ خلاؤها ومجراها من فعله ، فالقياس: أن [٣٠٨/أ] يلزمه نقله ؛ لأنه حدث بفعله ، والاستحسان: أن لا يلزمه ؛ لأن العادة أن كل ما كان معيباً في الأرض فنقله على صاحب الدار ، فحملوا ذلك على العادة .

قال: فإن أصلح المستأجر شيئاً من ذلك لم يحتسب له بما أنفق ؛ لأنه أنفق على ملك غيره بغير أمره ، (ولا ولاية له عليه)[(١)][(٢)] .

٢٢٨٨ - فَصْـل: [منع المؤاجر تسليم الدار حتى مضى بعض المدة]

وإذا استأجر داراً شهراً فسمّى ، فلم يسَلِّم إليه الدار حتى مضى بعض المدة ، ثم أراد أن يُسَلِّم الدار فيما بقي من المدة ، فله ذلك ، وليس للمستأجر أن يأبى ذلك ، ويجبر على قبض الدار .

وكذلك لو كان المستأجر طلبها من المؤاجر[(٣)] فمنعه [إياها][(٤)] ثم أراد أن يسلمها فذلك له ؛ لما قدمنا أن كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقداً مبتدأ ، وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في أحد العقدين لم يؤثر في الآخر[(٥)] .

(١) في أ (ولا إذن من له ولاية عليه) .
(٢) انظر: الأصل ٣/٤٦٦ .
(٣) في أ (رب الدار) .
(٤) في ب (أيامًا) والمثبت من أ .
(٥) انظر المصدر السابق نفسه .




قال: فإن استأجر دارين فسقطت إحداهما، أو منعه مانع من إحداهما، أو حدث بإحداهما عيب ينقص السكنى فله أن يتركهما جميعًا؛ وذلك لأنه عقد عليهما صفقة واحدة، فتفرقت الصفقة عليه، فله الخيار.






بَابُ
اختلاف المؤاجر والمستأجر في عقد الإجارة



قال أبو الحسن: وإذا استأجر الرجل من رجل دارًا، أو دابة أو غير ذلك، فاختلفا بعد وقوع العقد قبل أن يتصرف المستأجر فيما استأجر، والإجارة واقعة على [الصحة وإن](١) اختلفا في الأجر، فقال المستأجر: بخمسة، وقال المؤاجر: بعشرة، فإنهما يتحالفان وتنفسخ الإجارة، ومن نَكَلَ عن اليمين منهما لزمه دعوى صاحبه، ومن أقام منهما بينة قبلت بينته، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المؤاجر.

فإن اختلفا في المدة، أو في المسافة، أو فيما وقع عليه العقد، فقال المستأجر: [استأجرت شهرين بعشرة، وقال المؤاجر: شهرًا واحدًا بعشرة، أو قال]: استأجرت إلى الكوفة بعشرة، وقال الآجر: إلى القصر [بعشرة]، فهو مثل الأول في التحالف والنكول وإقامة البينة، فإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة المستأجر.

قال: والأصل في ذلك: أن الاختلاف إذا وقع في البدل في الإجارة، أو في المبدل قبل استيفاء المنافع، تحالفا؛ وذلك لقوله ﷺ: «**إذا اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة بعينها، تحالفا**»(٢)، وهذا يقتضي أن من باع عينًا

---

(١) في ب (صحة فاختلفا).

(٢) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد، ٢٤/٢٩٤، وورد الحديث بألفاظ مختلفة.
انظر: السنن الكبرىٰ للبيهقي، ٥/٣٣٣؛ والدارقطني ٣/٢٠؛ والمعجم الكبير، ١٠/١٧٤؛ نصب الراية، ٤/١٠٥.




بمنفعة واختلفا فيها تحالفا؛ لأن الاختلاف وقع في عقد معاوضة ليس فيه معنى التبرع، فلحقه الفسخ، فيثبت فيه التحالف كالبيع.

ولا يقال: إن التحالف في البيع استحسان، فكيف [قستم][1] عليه؛ لأنا بيّنا أن خبر التحالف فيه [٣٠٨/ب] اقتضى نوع من الإجارَة، وإذا ثبت التحالف بذلك الخبر في نوع ثبت في كل نوع؛ لأن أحدًا لا يفصل بينهما، ولأن كل من أثبت التحالف في البيع أثبته في الإجارَة.

وعندنا يقاس على المخصوص إذا اجتمعوا على القياس عليه، ولم يبين أبو الحسن من يبتدأ به في اليمين.

وقد قال أصحابنا: إن الخلاف إذا وقع في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر، وإذا وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤاجر، فكأنهم ابتدؤا بيمين من لا يقضى ببيِّنَتِه مع بينة الآخر؛ ولأن اليمين تطلب لفائدة النكول، فإذا اختلفا في الأجرة فنكول المستأجر دخل في باب الفائدة، فالابتداء به أولى [وإذا اختلفا في المنفعة فنكول المؤاجر دخل في باب الفائدة، فالابتداء به أولى][2].

قال: فإن نكل أحدهما لزمه دعوى الآخر؛ لأن النكول بذل، وبذل الأجرة والمنافع يجوز من طريق الحكم.

فإن أقام أحدهما بَيِّنَة قضي بها؛ لأنها بَيِّنَة قابلها الدعوى فهي مقدمة عليها، فإن أقاما البينة والخلاف في الأجرة فبينة المؤاجر أولى؛ لأنها تثبت الزيادة، وإن كان الخلاف في المنافع فبينة المستأجر أولى؛ لأنها تثبت الزيادة.

(١) في ب (تستمر) والمثبت من أ.
(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

قال: فإن ادّعىٰ المؤاجر فضلاً فيما يستحقه من الأجر، وادعىٰ المستأجر فضلاً فيما يستحقه علىٰ المؤاجر، فقال المؤاجر: آجرتك إلىٰ القصر بعشرة، وقال المستأجر: إلىٰ الكوفة بخمسة، أو قال: آجرتك الدار شهرًا بعشرة، وقال المستأجر: استأجرتها شهرين بخمسة، فهما أيضًا في التحالف والنكول كما ذكرنا، وفي إقامة أحدهما البينة.

فإن أقاما جميعًا البينة قبلت بينة كل واحد منهما علىٰ الفضل الذي يستحقه بعقد الإجارة، فيكون إلىٰ الكوفة بعشرة، وشهرين بعشرة؛ وذلك لأنهما اختلفا في العوض، والخلاف في كل واحد منهما يوجب التحالف، ففيهما أولىٰ، فإن أقام أحدهما بينة فهي مقدمة علىٰ الدعوىٰ، فإن أقاما بينة: فبينة المؤاجر تثبت زيادة الأجرة، وبينة المستأجر تثبت زيادة المنفعة، فتقبل بينة كل واحد منهما في الزيادة التي تضمنت.

قال: فإن لم تكن بينة، وقد سار بعض الطريق، أو ركب بعض المسافة، كان القول قول المستأجر فيما مضىٰ مع يمينه، ويتحالفان وتفسخ الإجارة فيما بقي؛ وذلك لأن كل جزء من [المنفعة][1] كالمعقود عليه عقدًا مبتدأً، فصار ما بقي من المدة كالمنفرد[2] بالعقد، فيتحالفان فيه، وليس كذلك إذا هلك بعض المبيع علىٰ قول أبي حنيفة؛ لأن كل جزء من المبيع ليس بمعقود عليه عقدًا ابتداءً، وإنما الجملة مملوكة بعقد واحد، فإذا تعذر الفسخ في الهالك سقط فيما بقي[3].

(١) في ب (الإجارة) والمثبت من أ.
(٢) في أ (كالمفرد).
(٣) انظر: الأصل ٣/٤٧٤، ٤٧٥.




٢٢٨٩ـ فَصْل: [ثبوت التحالف في المبيع الهالك]

[٣٠٩/أ] قال: وإن كان اختلافهما بعد مضي وَقت الإجارَة وبعد بلوغ الغاية التي استأجر إليها، فالقول قول المستأجر مع يمينه، ولا يمين على المؤاجر؛ وذلك لأن التحالف يثبت الفسخ، والمنافع [التي استوفيت معدومة][1]، لا يمكن فسخ العقد فيها[2]، فلم يثبت التحالف الموضوع للفسخ.

وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف: أن التحالف لا يثبت في المبيع الهالك، فأما محمد: فأثبت التحالف في المبيع الهالك ولم يثبت في المنافع المتلفة؛ لأن البيع إذا فسخ بالتحالف بقيت العين متقومة بنفسها في يد المشتري، فيقضي عليه بقيمتها، ولو انفسخت الإجارة بالتحالف بقيت المنافع مستوفاة بغير عقد، فلا تتقوم.

فلو ثبت التحالف أسقط عوضها، فكان الرجوع إلى قول المستأجر أولى، وإنما يرجع إلى قول المستأجر؛ لأنه المستحق عليه، والخلاف إذا وقع في الاستحقاق، فالقول قول المستحق عليه.

قال: فإن كان الأجر من نوعين، فقال المستأجر: استأجرت هذه الدابة إلى موضع كذا بعشرة، وقال الآجر: بدينار، فهو في التحالف والنكول وإقامة أحدهما البينة كما ذكرت لك، فإن أقاما البينة فالبينة بينة المؤاجر؛ لأن الأجرة تستحق بقبول المستأجر، فقد تعارضت البينتان في قول إحداهما له والأخرى عليه، فالتي عليه أولى.

---

(١) في ب (معدومة) فقط، والمثبت من أ.

(٢) في أ (عليها).

قال: وإن كان اختلافهما بأن قال المؤاجر: آجرتك [هذه] الدابة إلىٰ القصر بدينار، وقال المستأجر: إلىٰ الكوفة بعشرة دراهم، وأقاما البينة، فهي إلىٰ الكوفة بدينار وخمسة دراهم؛ وذلك لأنهما اختلفا في أجرة الدابة إلىٰ القصر، وأقام المؤاجر البينة أنها دينار، وأقام المستأجر البينة أنها خمسة دراهم، فالبينة بينة المؤاجر علىٰ ما قدمنا، ثم ادعىٰ المستأجر الإجارة من القصر إلىٰ الكوفة بخمسة؛ لأن القصر نصف الطريق، وجحد المؤاجر ذلك، فالبينة المثبتة للإجارة أولىٰ من النافية؛ فلذلك قضي بها إلىٰ الكوفة بدينار وخمسة دراهم.

وقد روىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل استأجر من رجل دارًا سنة، فأقام المستأجر البينة: أنه استأجرها أحد عشر شهرًا منها بدرهم وشهراً بتسعة، وأقام رَبُّ الدار البينة: أنه آجره إياها بعشرة، قال: فإني آخذ بينة رب الدار؛ وذلك لأنه يدعي فضل أجرة في أحد عشر شهرًا وقد أقام علىٰ ذلك بينة، فتقبل بينته، والشهر الثاني عشر قد أَقَرَّ المستأجر للمؤاجر فيه بفضل الأجرة [مما ادَّعَىٰ][(١)]، فإن صدقه علىٰ ذلك وإلا سقط [الفضل] بتكذيبه.

٢٢٩٠ - فَصْل: [وقوع عمل الأجير علىٰ غير وجه المأمور به]

ومن نوع الاختلاف [بين المستأجر والمؤاجر] مما لم يذكره أبو الحسن [٣٠٩/ب]:

إذا اختلف الخياط ورب الثوب، فقال رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قِبَاء، وقال الخياط: أمرتني أن أقطعه قَمِيْصًا، فالقول قول رب الثوب[(٢)] عندنا،

(١) في ب (عما يدعي) والمثبت من أ.

(٢) في الأصل زيادة (مع يمينه).

والخياط ضامن، فإن شاء رب الثوب أخذه وأعطاه أجر مثله.

وقال ابن أبي ليلى: القول قول الخياط.

وقال الشافعي في اختلاف العراقيين: مثل قولنا، وفي موضع آخر: يتحالفان[1]، فإذا حلفا سقط الضمان عن الخَيَّاط، وسقط الأجر.

لنا: أن الإذن مستفاد من جهة صاحب الثوب، فكان القول قوله في صفة الإذن؛ ولأنه لو قال: لم آذن في القطع كان القول قوله، فكذلك إذا قال: لم آذن في القباء، فالقول قوله.

وجه قول ابن أبي ليلى: أن صاحب الثوب اعترف بالإذن [في القطع]، وادعى زيادة صفة ليسقط بها الأجرة، فلا يقبل قوله، وليس هذا بصحيح؛ لأن صاحب الثوب لم يعترف للخياط بالأجرة، فلا يجوز إثبات الضمان عليه بغير اعترافه.

فأما الكلام على الشافعي: فلأن التحالف موضوع للفسخ، ولا يمكن الفسخ هاهنا، فلا معنى لإثبات التحالف؛ ولأن صاحب الثوب يَدَّعِي على الخياط الغصب، والخياط يدعي الأجر، وذلك لا يثبت فيه التحالف.

وإنما قلنا: إنّ لرب الثوب تضمين الخياط قيمة الثوب؛ لأنه لما حلف على دعوى الخياط فقد صار الخياط متصرفًا في ثوبه بغير أمره، ومن قطع ثوبًا لغيره وخاطه بغير أمره، ضمن قيمته.

وإنما قلنا: إن لصاحب الثوب أخذ القباء؛ لأنه أذن في القطع والخياطة،

---

(١) انظر: المهذب ٣/٥٦٦.

وقد فعلها الخياط علىٰ غير الوجه المأمور به، فقد وجد المعقود عليه مع تغير الصفة، فكان لصاحب الثوب الرضا به.

وقد كان أصحابنا يقولون: إن منافع القميص والقباء متقاربة، ألا ترىٰ أنه يمكن الانتفاع بالقباء علىٰ الوجه الذي [يمكنه الانتفاع] بالقميص، وإنما تختلف الأغراض فيهما، فقد وجد المعقود عليه مع العيب، وكانوا يقولون: [إنه] لو قطعه سراويل لم يجب له أجره[(١)]؛ لأنه نوع آخر من المنفعة، فلم يوجد المعقود عليه، إلا أن الرواية بخلاف هذا.

وروىٰ هشام، عن محمد: في رجل دفع إلىٰ رجل شَبَهًا[(٢)] ليضرب له طستًا موصوفة معروفة، فضربها كوزًا، قال: إن [شاء] ضَمَّنَه مثل شَبَهِه ويصير الكوز [للعامل][(٣)]، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثل عمله فيما عمل، لا يجاوز به ما سمّىٰ، وهذا مخالف لما كانوا يقولون، وإن كان ظاهرًا.

ووجه هذا: أن العقد وقع علىٰ الضرب، والصياغةُ صفةٌ، وقد فعل المعقود عليه وخالف في صفته، فيثبت للمستعمل الخيار.

وإنما وجب في [٣١٠/أ] هذه المسائل أجر المثل؛ لأن المستعمل لم يرض بدفع المسمىٰ إلا علىٰ منفعة موصوفة، ولم تسلم له بكمالها.

وإنما لا يجاوز به المسمىٰ؛ لأنَّ الصائغَ رضي به بدلاً عن المنفعة المقصودة، فلا يجوز أن يستحق فيما دونها أكثر منه[(٤)].

---

(١) في أ (لم يجب به الأجر).
(٢) «الشَّبَه ـ بفتحتين ـ من المعادن ما يُشْبه الذهب في لونه وهو أرفع الصُّفْر».
(٣) في ب (للفاعل) والمثبت من أ.
(٤) انظر: الأصل ٥٦٢/٣.

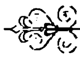
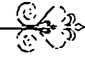



٢٢٩١ ـ فَصْـل: [فيمن دفع غزلاً لينسجه ثوباً على صفة فنسجه على صفة أخرى]

قال محمد في الأصل: في رجل أسلم غزلاً إلى حائك ينسجه له سبعًا في أربع، فعمله أكبر من ذلك أو أصغر، فإن الرجل بالخيار: إن شاء ضمنه مثل غزله وسَلَّم له الثوب، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه الأجر، إلا في النقصان، فإنه يعطيه من الأجر بحساب ذلك لا يجاوز به ما سمّى.

وكذلك لو شرط عليه صفيقًا فجاء به رقيقًا، أو شرط [عليه] رقيقًا فجاء به صفيقًا، وهذه المسألة بين جوابها ابن سماعة في نوادره عن محمد، فقال: إذا أمره ثمان في ثمان، فنسجه ستًا في ثمان، فصاحب الثوب بالخيار: إن شاء سَلَّم له الثوب وضَمَّنه مثل غزله، وإن شاء أخذه وأعطاه بحساب ثلاثة أرباع الأجر الذي سمّاه؛ وذلك لأن غرض صاحب الثوب لم يسلم له، ألا ترى أنه ينتفع بالثوب الطويل ما لا ينتفع بالقصير، فكان له الخيار، فإن اختار الأخذ فقد عمل ثلاثة أرباع المسمى، فكان له ثلاثة أرباع الأجر، كمن استأجر رجلاً يضرب له لبنًا معدودًا، فضرب بعضه وَفات وقت الضرب، استحق من الأجر بحساب ما عمل.

ويجوز أن يقال في مسألة الثوب: له أجر مثله لا يجاوز به ثلاثة أرباع ما سمّى، ويفرق بينه وبين اللَّبِنِ؛ لأن العمل: الأذرع مع غيرها زيادة قيمة لا توجد إذا انفردت، وليس كذلك اللَّبِن؛ لأنه لا يعلق بعضه ببعض، وأما إن وفّاه الذرع وأفسد الصفة فجاء به رقيقًا وقد أمره بالصفيق، أو جاء به صفيقًا وقد أمره بالرقيق، فصاحبه بالخيار: إن شاء ضَمَّنه مثل غزله، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر

(مثله، لا يجاوز به ما سمّىٰ)[1]؛ لأنه أتىٰ بالمعقود عليه وخالفه في صفته، فيثبت للعاقد الخيار.

وأما إذا وفّىٰ بالذرع والصفة وزاد فيه، فقد روىٰ هشام، عن محمد: أن صاحب الثوب بالخيار: إن شاء ضَمَّنه مثل غزله وصار الثوب للصانع، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمىٰ، ولا يزيد للذرع الزائد [شيئًا]، وإنما يثبت الخيار؛ لأن الصفة تغيرت عليه، ألا ترىٰ أنه قد يحتاج إلىٰ الثوب القصير ولا يحتاج إلىٰ [الثوب] الطويل؛ ولأنه إذا زاد في طوله استكثر من الغزل، فإن أخذه فلا أجر له في الزيادة؛ لأنه تطوع بعملها بغير أمر صاحب الثوب[2].

وروىٰ ابن سماعة وبشر عن أبي يوسف: في رجل أمر [٣١٠/ب] رجلاً أن ينزع له ضرسًا متآكلاً بأجر [معلوم]، فنزع ضرسًا متآكلاً، فقال الآمر: [إنما] أمرتك بغير هذا بهذا الأجر، وقال المأمور: بل أمرتني بالذي نزعت، فإن أبا حنيفة قال في ذلك: القول قول الآمر مع يمينه، وكذلك لو أمره بقطع شيء من جسده، أو ببطِّ قرحة، أو يحجم عبدًا له، أو يختنه، فقال الآمر: أمرتك [بغير هذا][3]، وقال المأمور: بهذا، فالقول قول الآمر مع يمينه لما قدمنا أن الأمر يستفاد من جهة الآمر خاصة، فالقول قوله في صفته.

وقال في الأصل: في رجل دفع إلىٰ صَبَّاغ ثوبًا ليصبغه أحمر فصبغه أحمر علىٰ ما وصفه له بالعُصْفُرِ، ثم اختلفا في الأجر، فقال الصباغ عملته[4] بدرهم،

---

(١) في أ (الأجر) فقط.
(٢) في أ (الغزل).
(٣) في ب (بهذا) والمثبت من أ.
(٤) في أ (صبغته).

وقال رب الثوب بدانقين[١]، فإن قامت لهما بينة أخذت ببيّنة الصَّبَّاغ، فإن لم تقم بينة، فإني أنظر إلىٰ ما زاد العُصْفُر في قيمة الثوب، فإن كان درهمًا أو أكثر أعطيته درهمًا بعد أن يحلف الصباغ ما صبغه بدانقين، وإن كان ما زاد في الثوب من العصفر أقل من دانقين، أعطيته دانقين بعد أن يحلف رب الثوب ما صبغته إلا بدانقين؛ وذلك لأن الصباغ إذا حلف ما صبغته بدانقين والعصفر يساوي درهماً، فهو عين مال حصل في ثوبه بأمره، فوجب عليه قيمته لا يزاد علىٰ درهم؛ لأن الصباغ رضي بإسقاط الزيادة، وإن كانت قيمته دانقين، وحلف رب الثوب ما صبغته إلا بدانقين، سقط دعوىٰ الصباغ، فوجب علىٰ صاحب الثوب قيمة الصبغ لا ينقص من دانقين؛ لأنه بذل[٢] ذلك، ولأن الصبغ يجري مجرىٰ السلعة المستهلكة من وجه، وهو أنه لا يمكن نقله من الثوب، [ويجرىٰ] مجرىٰ العين القائمة من وجه؛ لأنه عين لها قيمة[٣].

فلو ألحقناه بالهالك لكان القول قول صاحب الثوب، ولو ألحقناه بالسلعة القائمة لكان القول قول الصباغ، ([فحكمنا][٤] بالصبغ، واستحلفناهما بتعيين البينة جميعًا)[٥].

وإن كان يزيد [الصبغ] في الثوب نصف درهم، أعطيت الصباغ ذلك بعد أن يحلف [بالله] ما صبغه بدانقين؛ لما بينا أن الدعوىٰ إذا سقطت وجب قيمة

---

(١) «الدَّانق: معرب، وهو سدس درهم» المصباح (دنق).

(٢) في أ (رضي بذلك).

(٣) انظر: الأصل ٢/٤٤١، ٤٤٢.

(٤) في ب (فحملنا) والمثبت من أ.

(٥) العبارة في أ (فحكمنا الصبغ فاستحلفنا هما جميعًا لمكان الشبهين).

الصبغ، وكذلك كل صبغ له قيمة، فإن كان الصبغ أسود فالقول قول رب الثوب مع يمينه.

وكذلك كل صبغ ينقص الثوب؛ لأنه لا يمكن القضاء للصباغ بدعواه، ولا يمكن الرجوع إلىٰ قيمة الصبغ؛ لأنه لا قيمة له، فيرجع إلىٰ قول المستحق عليه.

وقال في الأصل: إذا دفع إلىٰ صباغ ثوبًا ليصبغه صبغًا مسمىٰ أو شرط ليصبغه بزعفران أو بِبَقَّمٍ[١] [٣١١/أ] أو أسود، فخالف فصبغه بغير ما سمىٰ إلا أنه من ذلك الصبغ، فلرب الثوب: أن يضمّنه قيمة الثوب أبيض [وسلم له الثوب][٢]، فإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمّىٰ، وهذا علىٰ ما بيّنا.

قال: فإن اختلف الصَّبَّاغ ورب الثوب، فقال رب الثوب: أمرتك بالعصفر، وقال الصَّبَّاغ: [لا بل] بالزعفران، فالقول قول رب الثوب في قولهم.

ولو أعطىٰ صباغًا ثوبًا ليصبغه بعصفر بربع الهاشمي بدرهم، فصبغه بقفيز عصفر وأَقَرَّ رب الثوب بذلك، فإن رب الثوب بالخيار: إن شاء ضمنه قيمة ثوبه، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد العصفر فيه مع الأجر، وهذا علىٰ وجهين:

إن كان صبغه أولاً بربع الهاشمي، يعني بربع القفيز، ثم صبغه بثلاثة أرباع القفيز، فصاحب الثوب بالخيار: إن شاء ضَمَّنَه قيمة ثوبه، وإن شاء أخذه وأعطاه الأجر المسمّىٰ وما زاد الثلاثة الأرباع القفيز في الثوب؛ وذلك لأنه وفّىٰ بالمعقود

---

(١) «البَقَّمُ ـ بتشديد القاف ـ: صبغ معروف، وهو العَندم» معرب. انظر: المصباح، مختار الصحاح (بقم).

(٢) في ب (ويسلمه له) والمثبت من أ.

عليه حين أفرده [بالربع][(١)] ثم صبغه بعد ذلك صبغاً متعديًا، فإذا رضي صاحب الثوب بأخذه فقد سلم له الصبغ المعقود عليه، فوجب عليه المسمّىٰ وما زاد الصبغ الثاني في الثوب، وإن شاء ضمنه قيمة الثوب مصبوغًا بربع القفيز[(٢)]، فوجب[(٣)] له الأجر؛ لأن الصبغ في حكم المقبوض من وجه؛ لأنه حصل في ثوبه ولم يكمل القبض فيه؛ لأنه لم يصل إلىٰ يده، فكان له فسخ القبض لتغيير الصفة المقصودة، وله أن [يأخذه][(٤)] ويضمن الأجر.

وإن كان صبغه ابتداءً بقفيز، فله ما زاد الصبغ ولا أجر له؛ لأنه لم يوف العمل علىٰ الوجه المأذون فيه؛ ولأن العمل في مسألتنا تابع للصبغ، لولا ذلك لم تجز الإجارة، وإذا كان تابعًا وقد ضمن قيمة الصبغ لم يضمن [الأجرة للعمل][(٥)] التابع له.

وليس ذلك كما لو دفع إليه خُفًّا لينعله من عنده، ثم اختلفا أنه يضمن ما زاد النعل في الخف والأجر؛ لأن العمل هناك غير تابع للنعل[(٦)]؛ لأنها عين مال قائم؛ فلذلك ضمن [الأمرين][(٧)]، وهذا التفصيل الذي كان أصحابنا يذكرونه، قد ذكره الحاكم عن أبي يوسف في المنتقىٰ.

وروىٰ ابن سماعة عن محمد خلافه، فقال: إذا أمره أن يصبغ ثوبه بمنّ من

---

(١) في ب (بالصبغ) والمثبت من أ.
(٢) في أ (بربع العصفر).
(٣) في أ (وغرم).
(٤) في ب (يضمنه) والمثبت من أ.
(٥) في ب (الأجر) والمثبت من أ.
(٦) في أ (للعمل).
(٧) في ب (الأرش) والمثبت من أ.

عُصْفُرٍ بدرهم، فصبغه بمنوين ضربة[1] واحدة، لم يصبغه بمنّ ثم بمنّ، قال: رب الثوب بالخيار: إن شاء ضمّنه قيمته أبيض، وإن شاء أخذه وغرم له درهمًا، وما زاد المن العصفر في ثوبه، قال ابن سماعة: قلت لمحمد: ولِمَ يضمن المسمىٰ [وهو لَمْ][2] يصبغه بالمن أولاً؟ قال محمد: لأن لصاحب الثوب أن يقول: أنا عاينت الصباغ [٣١١/ب] فاستأجرته ليصبغه بمن بدرهم، وهو يساوي خمسة، فلا أعطيه قيمة ذلك المَنّ، وقد رضي بالمسمىٰ، وهذا يقتضي التسوية في الجواب بين أن يصبغه متفرقًا أو مجتمعًا[3].

٢٢٩٢ـ فَصْل: [الاختلاف بين الآمر والصانع]

ومن هذا النوع: إذا أمر المستعمل الصانع بالزيادة من عنده، ثم اختلفا.

قال في الأصل: في رجل أسلم غزلاً إلىٰ صانع وأمره أن يزيد في الغزل رطلاً من غزل [من عنده]، فقال: قد زدته، وقال رب الثوب: لم يزده، قال: فالقول قول رب الغزل مع يمينه، والصانع مُدَّعٍ، فإن أقام بينة أخذت بينته، وإن لم تكن له بينة حلف صاحب الغزل علىٰ علمه، فإن حلف برئ، وإن نكل عن اليمين لزمه مثل الغزل؛ وذلك لأن الصانع يدَّعي علىٰ رب الثوب الضمان، فالقول قوله في نفيه، ويحلف علىٰ علمه؛ لأنه يمين علىٰ فعل الغير.

ولو اتفقا أن غزل المستعمل مَنٌّ، وقال الصانع: قد زدتُ فيه رطلاً فوُزِن الثوب فوجد منوين، فقال رب الثوب: الزيادة من الدقيق[4]، فالقول قول الصانع

(١) في أ (دفعة).
(٢) في ب (ولو لم) والمثبت من أ.
(٣) انظر: الأصل ٤٣٥/٣، ٥٦٢، ٥٨٣.
(٤) في الأصل هنا زيادة: (وقال الحائك: بل هو من الغزل والدقيق).

مع يمينه، ويجبر الرجل علىٰ أن يعطيه عوض الغزل إذا لم يعلم أن الدقيق يزيد فيه مثل ما قال رب الثوب؛ وذلك لأن رب الثوب يَدَّعِي خلاف الظاهر، ألا ترىٰ أن وزن الدقيق لا يكون مثل وزن الغزل، فإن كان الثوب مستهلكًا ولم يقر المستعمل أن فيه ما قال الصانع، فالقول قول رب الثوب[١]؛ لأن الصانع يدّعي عليه الضمان، والظاهر يشهد له، فلم يقبل قوله[٢].

وقال هشام عن محمد: في رجل دفع إلىٰ صانع عشرة دراهم فضة، فقال: زد عليها درهمين قرضًا عليّ، فصغْه قُلْبًا وأجرك درهمٌ، فصاغه وجاء به محشوًا، فقال الصائغ قد زدتُ عليه درهمين، وقال رب القُلْب: لم تزد شيئًا، قال محمد: يتحالفان، ثم الصائغ بالخيار: إن شاء دفع إليه القلب وأخذ منه أجره خمسة دوانق، وإن شاء دفع عشرة دراهم فضة وأخذ القلب.

أما التحالف فليس هو الموضوع للفسخ، ولكن الصائغ يَدَّعي علىٰ صاحب القُلْب القرض، وهو يجحد، فيستحلف، وصاحب القلب يدعي علىٰ الصائغ استحقاق القلب بغير شيء، وهو يجحد، فيستحلف، وإذا سقط دعوىٰ الصائغ في القلب حكمنا بأن الوزن عشرة، وإنما بذل له درهمًا لصياغة اثني عشر درهمًا، فيلزمه للعشرة خمسة دوانق، وللصائغ أن يحبس القلب ويعطيه مثل فضته؛ لأنه لم يرض أن يستحق عليه بغير عوض القرض[٣] وهو في يده ولا يستحق بغير رضاه.

وقال ابن سماعة عن محمد: في رجل دفع إلىٰ نداف[٤] ثوبًا يندف عليه

---

(١) في الأصل هنا زيادة (مع يمينه علىٰ علمه...).

(٢) انظر: الأصل، ٤٣٦/٣.

(٣) في أ (المقرض).

(٤) «النداف: الذي يندف القطن، ونَدَفَ القطن ندفاً: نفشه بالمِنْدَف ليرق فهو: مندوف ونديف».=

قطنًا، وأمره أن يزيد من عنده ما رأىٰ، ثم أن [٣١٢/أ] صاحب الثوب أتاه وقد ندف علىٰ الثوب عشرين إستارًا[١] من قطن، فقال صاحب الثوب: دفعت إليك خمسة عشر إستارًا من قطن وأمرتك أن تزيد عليه عشرة وتنقص إن رأيت، فلم تزد إلا خمسة أساتير، وقال النداف: دفعت إليّ عشرة [وأمرتني أن أزيد عشرة وقد زدتها][٢] فرد.

قال: القول قول النداف، وعلىٰ صاحب [الثوب][٣] أن يدفع إليه عشرة أساتير من قطن كما ادَّعَىٰ؛ وذلك لأن صاحب الثوب لا يدعي علىٰ النداف مخالفة ما أمره به، إلا أنه يدعي أنه دفع خمسة عشر إستارًا، فالقول قول النداف في مقدار [ما قبض][٤] فتبقىٰ العشرة زيادة فيضمنها صاحب الثوب.

وإن كان صاحب الثوب قال: [قد] دفعت إليك خمسة عشر [إستارًا] وأمرتك أن تزيد عليه خمسة عشر، وقال النداف: دفعتَ إليّ عشرة وأمرتني أن أزيد عشرة، وقد زدت عشرة، فصاحب الثوب في هذا بالخيار: إن شاء صدّقه ودَفع إليه عشرة أساتير وأخذ ثوبه، وإن شاء أخذ [مثل] قيمة ثوبه وعشرة أساتير قطن، وكان الثوب للنداف؛ لأن النداف يزعم أنه فعل ما أُمِر، وصاحب الثوب يدعي الخلاف، فالقول قوله فيما أمره به، والقول قول النداف في مقدار ما قبض.

وقال بشر عن أبي يوسف: في رجل أعطىٰ رجلاً ثوبًا ليقطعه قِباءً محشوًا

= المعجم الوجيز (ندف).

(١) «الإستار: وزن أربعة مثاقيل ونصف» كما في المعجم الوجيز (ستر).

(٢) في ب (فرد بها) والمثبت من أ.

(٣) في ب (القباء) والمثبت من أ.

(٤) في ب (مقداره) والزيادة من أ.

ودفع إليه البطانة والقطن، فقطعه وخاطه وحشاه واتفقا على العمل والأجر، فإن الثوب ثوب رب الثوب، والقطن قطنه، غير أن رب الثوب قال: البطانة ليست بطانتي، فإن القول في ذلك: قول الخياط مع يمينه البتة إن هذه بطانته، ويلزم رب الثوب [ويسع] أن يأخذ البطانة ويلبسها؛ وذلك لأن البطانة أمانة في يد الخياط، فالقول قوله فيها، فإن كانت بطانة صاحب الثوب حل له لبسها، وإن كانت غيرها فقد رضي الخياط بدفعها إليه بدل بطانته، فحل له لبسها.

وروى بشر وابن سماعة عن أبي يوسف: فيمن أعطى حمالاً متاعًا ليحمله من موضع إلى موضع بأجر معلوم، فحمله، ثم اختلفا فقال رب المتاع: ليس هذا متاعي، وقال الحَمَّال: هو متاعك، فالقول قول الحمال مع يمينه، ولا ضمان عليه، ولا يكون على الآمر الأجر إلا أن يصدقه ويأخذه؛ وذلك لأن المتاع في يد الحَمَّال أمانة، فالقول قوله، فلا يلزم صاحب المتاع الأجر؛ لأنه لم يعترف باستيفاء المنافع، فإن صدقه فقد رجع عن قوله، فوجب عليه الأجر.

قال: والنوع الواحد والنوعان في هذا سواء، إلا أنه في النوع الواحد أفحش وأقبح.

لو حمله طعامًا أو زيتًا، فقال الأجير [٣١٢/ب] هذا طعامك بعينه، وقال رب الطعام: كان طعامي أجود من هذا، فإن هذا يفحش أن يكون القول قول رب الطعام، ويبطل الأجر، ويحسن أن يكون القول قول الحمال ويأخذ الأجر إن كان قد حمله.

فأما إذا كان نوعان مختلفان فلا أجر للحمال حتى يصدقه فيأخذه.

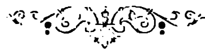
وإنما قال: إنه يقبح في الجنس الواحد؛ لأن صاحب الطعام يجوز أن يأخذ




العين عوضًا عن طعامه؛ لأن الحمال قد بذل ذلك، فإذا حصل [له] العوض سلمت له المنفعة، فأما في النوعين فلا يسعه أن يأخذ النوع الآخر إلا بالتراضي بالبيع، فما لم يصدقه فلا يستحق عليه الأجر.

وقال هشام عن محمد: في رجل أمر إنسانًا ينقش في فص اسمه، فغلط فنقش اسم غيره، فإنه يضمن الخاتم؛ وذلك لأنه فوت الغرض(١) من الخاتم، وهو الختم به، فصار كالمستهلك له.

قال: وإذا أمر رجلاً أن يحمّر له بيتًا فخضره، [فإن](٢) محمداً قال: أعطيه ما زاد الخضرة فيه؛ وذلك لأنه استأجره على الحمرة، فإذا عمل الخضرة فهو عمل لم يستأجره عليه، فلا يستحق الأجرة؛ ولكن يستحق قيمة الصبغ ما زاد في البيت(٣)(٤).



(١) في أ (غرضه).
(٢) في ب (قال) والمثبت من أ.
(٣) في أ (الصبغ الذي زاد فيه).
(٤) انظر: الأصل ٣/٤٤٠ وما بعدها.

بَابُ
الإجارة الفاسدة



قال أبو الحسن: إذا كان ما وقع عليه عقد الإجارة مجهولاً في نفسه، أو في أجره، أو [في] مدة الإجارة، أو في العمل المستأجر عليه، فالإجارة فاسدة، وكل جهالة [تدخل في البيع فتفسده من الجهالة][1] فكذلك هي في الإجارة.

والأصل في هذا قوله ﷺ: «**من استأجر أجيرًا فليعلمه أجره**»[2]، فشرط في الأجرة أن تكون معلومةً، كما شرط في البيع أن يكون معلومًا، فدلّ على أنهما يجريان في نفي الجهالة مجرىً واحدًا؛ ولأن الإجارة معاوضة لا تصح إلا بتسمية العوض كالبيع.

٢٢٩٣ـ فَصْل: [في إِجَارَةِ المُشَاع]

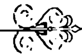
قال: ولا تجوز إجارة المشاع[3] فيما يقسم وفيما لا يقسم عند أبي حنيفة وزفر، إلا أن يكون المستأجر شريكًا في العقار، فيستأجر نصيب شريكه أو شركائه في صفقة واحدة في قول أبي حنيفة.

---

(١) في ب (تفسد البيع) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ٦/١٢٠؛ وعبد الرزاق في مصنفه مرفوعاً. كما في نصب الراية ٤/١٣١؛ وأبو حنيفة في مسنده ١/٨٩.

(٣) المشاع ـ من شاع يشوع شيوعًا ـ من «شاع اللبن في الماء: إذا تفرق وامتزج به، وقيل: سهم شائع، كأنه ممتزج لعدم تميّزه». والدار المشاع ونحوها مما يملك: «كان مشتركًا لم يقسم، يقال: اشترىٰ حصته علىٰ الشيوع». المصباح؛ المعجم الوجيز (شاع).

وجملة هذا: أنّ إجارة المشاع من غير الشريك باطلة عند أبي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف ومحمد: جائزة، وبه قال الشافعي(١).

لأبي حنيفة: أن المنافع المستأجرة لا يمكن استيفاؤها إلا بالمهايأة(٢)، والمهايأة ليست من حقوق الإجارة؛ لأنها عقد بنفسها، [ومتى لم](٣) يتمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليها إلا بمعنى لا يقتضيه العقد، لم يجز إجارته، كمن استأجر عبدًا آبقًا.

وليس كذلك إذا آجر من شريكه؛ لأنه يقدر على استيفاء المنافع بغير مهايأة، فجاز العقد معه وإن لم يجز مع غيره.

كما تجوز إجارة المغصوب [٣١٣/أ] من الغاصب، ولا تجوز من غيره؛ ولأن ما آجره غير متميز ما لم يؤاجره، فأشبه إذا آجر أحد عبدين؛ ولأنه لا يتوصل إلى الانتفاع بما آجره إلا بالانتفاع بما لم يؤاجره، [فصار كمن آجر عبدًا بعبدين].

وجه قولهما: أن ما جاز من الشريك جاز من غيره، كالبيع.

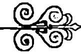
وكان الشيخ أبو طاهر الدَّبَّاس يقول: إن الإجارة في المشاع إنما لا تجوز إذا آجر الرجل بعض ملكه؛ لأنه يهايئ المستأجر، فتكون الدار في يد المستأجر مدة وفي يد المؤاجر مدة، ولا يجوز أن يستحق المؤاجر الأجر مع كون الشيء في يده.

---

(١) انظر: المهذب ٥١٥/٣.

(٢) المهايأة (بإبدال الهمزة ألفًا): لغة من التهايؤ، تفاعل، «وهو أن يتواضعوا على أمر يتراضوا به، وحقيقته: أن كلا منهم يرضى بحالة واحدة، ويختارها». المغرب (هيا)؛ وفي معجم لغة الفقهاء: «الاتفاق على قسمة المنافع على التعاقب، فتكون العين المشتركة لهذا شهرًا، ولهذا شهرًا مثلاً».

(٣) في ب (ومن لا) والمثبت من أ.

فأما إذا آجر أحد الشريكين نصيبه فالعقد جائز ؛ لأن المستأجر يُهايئ غير المؤاجر ، وليس يمتنع أن تكون الدار في يد غير المستأجر وأجرتها عليه ، كما لو أعارها أو آجرها .

إلا أن أبا الحسن روىٰ في جامعه نصًّا عن أبي حنيفة: [أن إجارة المشاع في الوجهين لا تجوز ، وإنما استوىٰ في الإجارة عند أبي حنيفة] ما يقسم وما لا يقسم ؛ لأن المنافع من إجارة المشاع لا يقدر علىٰ استيفائها إلا بالمهايأة ، وهذا المعنىٰ موجود في الوجهين [جميعًا] .

وعلىٰ هذا قالوا: لا يجوز رهن المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم ؛ لأن المانع من العقد: أن قبض المرتهن يصير مستحقًا في الثاني بمعنىٰ قارن العقد ، وهذا المعنىٰ في الوجهين .

وقالوا في الهبة: يجوز في المشاع الذي لا يقسم ، ولا يجوز فيما يقسم(١) ، لأن المانع من [هبة](٢) ما يقسم: أن الهبة لو صحت لطالب الموهوب الواهب بالقسمة ، فيلزمه بضمان الأجرة ، والهبة لا تجوز أن تُؤدي إلىٰ إيجاب الضمان علىٰ الواهب للموهوب [له] فيما وهب ، وهذا المعنىٰ لا يوجد فيما لا يقسم .

وأما إجارَة المشاع من الشريك فقد روىٰ زفر عن أبي حنيفة: أنها لا تجوز ؛ لأن ما لا يجوز مع غير الشريك لا يجوز مع الشريك ، كالرهن والهبة ، والمشهور أنها جائزة [لما بيّنا] ؛ لأن الشريك يستوفي المنافع من غير مهايأة ، وأما الرهن فلا يجوز من الشريك ؛ لأن الشريك يمسك العين يومًا رهنًا ويومًا غير رهن ،

---

(١) في أ (في الهبة لا يجوز في المشاع الذي يقسم ، ويجوز فيما لا يقسم) .

(٢) في ب (هذا) والمثبت من أ .




فيصير قبضه مستحقًا كالأجنبي، وعلى هذا قالوا في الهبة من الشريك لا تجوز؛ لأن المانع من الهبة للأجنبي إن قبضه [يحصل] في مشاع يحتمل القسمة، وهذا المعنى موجود في قبض الشريك [فلم يجز][1].

٢٢٩٤- فَصْل: [إجارة الرجلين من رجل ثم موت أحدهما]

وإذا أجر الرجلان دارًا من رجل فمات أحد المؤاجرين، بطلت الإجارة في نصيبه، والإجارَة في نصيب الحي صحيحة على حالها، وكذلك لو استأجر رجلان من رجل واحد فمات أحدهما، وإنما جَوّزنا إجارة الاثنين من الواحد؛ لأن المنافع تدخل في ملكه جملة، فيستوفيها من غير مهايأة.

وكذلك جَوّزنا رهن الاثنين من الواحد [٣١٣/ب]، وهبة الاثنين من الواحد، أما إجارَة الواحد من الاثنين، فتجوز أيضًا؛ لأن المنافع تخرج من ملك المؤاجر جملة، ثم المهايأة تثبت إذا انقسمت المنافع في ملك المستأجرين، ولا يصير ذلك من شروط العقد، وإنما هو من حقوق ملكهما، فلذلك جوزوا رهن الواحد من الاثنين؛ لأن الرهن وثيقة، فجميعه وثيقة لكل واحد منهما؛ ولهذا إذا قضى [الراهن][2] دين أحدهما لم يكن له أخذ بعض الرهن.

وأما هبة الواحد من الاثنين فلا يجوز عند أبي حنيفة؛ لأن المانع الإشاعة المؤثرة في القبض، فإذا وهب الواحد من اثنين فقد وجدت الإشاعة في القبض، وهو المعنى الذي يقع به الملك، فإذا قارنه ما يؤثر فيه يمنع من وقوع الملك، كالشروط الفاسدة إذا قارنت البيع.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٤٠٤ وما بعدها.

(٢) في ب (الرهن) والمثبت من أ.

٢٢٩٥ ـ فَصْل: [بطلان الإجارة نصيب الميت من المؤاجرين]

فأمّا بطلان [الإجارة][١] بموت من يقع العقد له، فهو قول أصحابنا، وقال الشافعي: لا ينقض[٢].

لنا: أنه عقد يقصد به المنفعة حال [الحياة]، فوجب أن لا يبقىٰ بعد موت من عقد له كالنكاح؛ ولأنه معنىً ينقضي بانقضاء المدة، فوجب أن ينقطع بموت المستحق، كالآجال والعواري، وإذا ثبت أن الإجارة بطلت في نصيب الميت منهما، لم تبطل في نصيب الآخر في الرواية المشهورة.

المهايأة إذا وجبت لم تستند إلىٰ العقد، وإنما تستند إلىٰ الحال التي انقسمت المنافع فيها، [والمانع][٣] من العقد كون المهايأة مشروطة فيه؛ ولأن ما يمنع منه الإشاعة إذا حصلت [الإشاعة] في حال البقاء لم تمنع، كمن وهب دارًا ورجع في بعضها، وعلىٰ هذا قالوا في الرهن في الرواية المشهورة: أن الإشاعة [لا] تؤثر في حال البقاء.

وروي عنهم: أن الإشاعة في حال البقاء تبطل الإجارة؛ لأن المستأجر لا يتوصل إلىٰ استيفاء المنفعة إلا بالمهايأة التي ليست من حقوق الإجارة.

٢٢٩٦ ـ فَصْل: [استئجار نصيب في دار غير مُسمّىٰ]

قال في الأصل: قال أبو حنيفة: إن استأجر نصيبًا في دار غير مسمّىٰ فإنه

(١) في أ (العقد).
(٢) انظر: المهذب ٥٥٧/٣.
(٣) في ب (والمنافع) والمثبت من أ.

لا يجوز، وقالا: يجوز إذا علم النصيب بعد ذلك، وقد ذكر في آخر الشفعة فيمن باع نصيبًا من دار ولم يسمه لم يجز البيع عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يجوز[1].

أما أبو حنيفة: فبنى مسألة الإجارة على مسألة البيع، وقال: إن المبيع مجهول والمؤاجر مجهول، وجهالة المعقود عليه تمنع من صحة العقد، وبناه على أصل آخر: وهو أن إجارة نصيب معلوم عنده لا يجوز، فالمجهول أولى.

فأما أبو يوسف: فالإشاعة عنده لا تمنع [٣١٤/أ]، وهذه الإشاعة[2] لا تمنع البيع على أصله، فلا تمنع الإجارة.

وأما محمد: ففرق بين الإجارة والبيع؛ لأن الأجر لا يجب بالعقد، وإنما يجب باستيفاء المنفعة، فإذا عرف مقدار النصيب فاستوفى [منفعته، فالمعقود][3] عليه معلوم عند وجوب البدل، وليس كذلك البيع؛ لأن البدل يجب بعقده، فإذا كان مجهولاً عند العقد لم يجز.

٢٢٩٧ - فَصْل: [بيع ذراع من دار]

ولا يجوز عند أبي حنيفة: أن يستأجر من عَقَار مائة ذراع، ولا من أرض جريبًا أو جريبين إذا كانت أكثر من ذلك، ويجوز عندهما، وهذا فرع [على] اختلافهم في البيع.

فعند أبي حنيفة: لا يجوز بيع ذراع من دار؛ لأنه عبارة عن بقعة معينة،

(١) انظر: الأصل ٣٧٨/٣.
(٢) في أ (الجهالة).
(٣) في ب (منفعة المعقود) والمثبت من أ.




وليس بقعة أولىٰ من بقعة، وبقاع الدار مختلفة؛ ولأن هذه إجارة مشاع فلا يصح.

فأما علىٰ قولهما: فالبيع جائز؛ لأن الذراع عندهما كالسهم، وكذلك إجارة الذراع تجوز كما تجوز إجارة السهم[1].

٢٢٩٨ - فَصْل: [استحقاق الماء بالإجارة]

ولا تجوز إجارة ماء في نهر، ولا بئر، ولا قناة، ولا عين، فإن استأجر القناة أو العين أو البئر مع الماء لم يجز أيضًا؛ وذلك لأن استئجار الماء عقد علىٰ عين، والأعيان لا تستحق بعقد الإجارة إلا تابعة للعمل.

وأما إذا استأجر النهر لم يجز أيضًا؛ لأنها منفعة لا يمكن سكناها كالهواء، ولأن المقصود منه العين، قد بيّنا أن الأعيان لا تستحق بالإجارة بأنفسها.

ولا تجوز إجارة المراعي؛ لأن الحشيش عين، والأعيان لا تستحق بالإجارة، ولأنه علىٰ أصل الإباحة، فليس المؤاجر به[2] أحق من المستأجر، ولا تجوز إجارة الآجام[3] التي فيها الماء، فإن استأجرها مع الماء فهو أفسد وأخبث، وهذا علىٰ ما بيّنا أن الماء لا يستحق بالإجارة؛ لأنه عين، ولأنه علىٰ أصل الإباحة.

والبقعة التي فيها الماء لا يجوز استئجارها؛ لأنه لا يمكن سكناها.

---

(١) انظر: الأصل ٣/٥٠٠.

(٢) في ب (المؤاجر أولىٰ به).

(٣) والآجام من الأَجَمة: الشجر الملتف. انظر: المصباح (أجم).



ولا تجوز إجارة القصب ولا صيد الآجام[1]؛ لأن هذه أعيان فلا تستحق بالإجارة، ولأن السمك والقصب على أصل الإباحة، فلا يكون المؤاجر أولى من المستأجر.

قال: ولو استأجر نهرًا ليسوق[2] فيه الماء إلى أرض له يسقيها لم تجز الإجارة، أرأيت[3] لو استأجر ميزابًا ليسيل فيه ماء المطر على سطح المؤاجر ألم يكن هذا فاسدًا[4]؟.

وذكر هشام عن محمد: فيمن استأجر موضعًا من أرض معروفة مؤقتًا ليسيل فيه ماؤه، قال: [هو جائز][5].

وجه الرواية المشهورة: أن العقد يقع على مجهول؛ لأن مقدار ما يسيل من الماء يقل ويكثر، وبعضه أضر على النهر والمسيل[6] من بعض، فلم تجز [الإجارة].

لمحمد: أن المانع من استئجار [٣١٤/ب] [المسيل][7] جهالة البقعة، ألا ترى أنه لا يدري أن يسيل من سطحه، فيجوز أن يأخذ مكانًا يسيرًا، ويجوز أن

---

(١) وذلك من قولهم: بيع السمك في الأجمة»، ويريدون البطيحة التي هي منبت القصب أو اليراع». كما في المغرب (أجم).

(٢) في أ (ليسيل).

(٣) في أ (ألا ترى أنه).

(٤) في أ (كان هذا فاسدًا).

(٥) في ب (جاز) والمثبت من أ.

(٦) في أ (على النهر في السيل).

(٧) في ب (السبيل) والمثبت من أ.

يأخذ كثيرًا، فإذا عَيَّنَ الموضع زالت الجهالة، فجاز العقد.

قال: ولو استأجر ميزابًا يركبه في داره كل شهر بشيء مسمىٰ كان جائزًا؛ وذلك لأن الميزاب لا يختلف منفعته بكثرة ما يسيل فيه ولا بقِلَّتِه، فجاز إجارته.

قال: ولو استأجره وهو في الحائط ليسيل فيه الماء، لم يجز، وهذا كله رواية عن أبي يوسف؛ وذلك لأن الحائط يضر به قليله وكثيره[(١)].

وقال في الأصل: إذا استأجر نهرًا يابسًا ليجري فيه الماء إلىٰ أرضه أو رحاله، إنه لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وهذا علىٰ ما قدمنا[(٢)].

قال: وكذلك لو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوءًا؛ وذلك لأن مقدار ما يصب فيها من الماء[(٣)] مجهول، والضرر يختلف بقلته وكثرته[(٤)].

قال: ولو استأجر بَكْرَةً ودَلْوًا ليسقي غنمه لم يجز؛ فإن استأجر ذلك شهرًا جاز؛ وذلك لأن مقدار ما يسقي الغنم مدته مجهولة، فلا يجوز العقد عليها، فإذا سمّىٰ شهرًا فالعقد يقع علىٰ مدة معلومة، وذلك يجوز.

قال أبو الحسن: وكذلك لو استأجر شِرْبًا من نهر أو مسيل ماء في أرض، وقد بيّنا ذلك.

قالوا: إن استأجر حائطًا ليضع عليه جذوعًا أو يبني عليه سُتْرَة[(٥)] أو يضع

---

(١) في أ (قلة الماء وكثرته).

(٢) ذكرها الكاساني نقلاً عن الأصل ٤/١٨٠.

(٣) في أ (من الوضوء).

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦/٤٣.

(٥) يعني سُتْرَة السطح التي حوله.




فيه ميزابًا لم يجز.

قال: وإن استأجر في الحائط مَوضع كُوَّة[١] ليدخل عليه الضوء أو موضعًا من الحائط ليوتد فيه وَتَدًا، لم يجز.

والأصل في ذلك: أن كل بقعة لا يمكن الانتفاع بها للسكنىٰ، فلا يجوز استئجارها كالهواء.

وقال الشافعي: يجوز استئجار الحائط ليضع عليه الخشب[٢].

لنا: أنها بقعة لا تصلح للسكنىٰ، فلا يجوز إجارتها، كما لو استأجر كوة يدخل فيها الضوء؛ فلأن الخشب يختلف بما يحمل عليه من الثقل، وكذلك السُّتْرة، وذلك يضر بالحائط، فصار مجهولاً، فلم يجز.

قال: ولو استأجر نخلاً أو شجرًا ليبسط عليه ثيابه، لم يجز؛ لأنها بقعة لا يمكن سكناها، فلم يصح إجارتها.

ولو اشترىٰ ثمرة نخلٍ أو شجرٍ أو أطراف رطبة، ثم استأجر النخل أو الشجر لتبقية[٣] ذلك فيه، أو استأجر الأرض كذلك[٤]، فإن ذلك لا يجوز.

وكذلك [كل] ما استأجر له الأرض مما [يفصل] بينه وبين الأرض مما لم

---

(١) الكُوَّة: «ثقب البيت» كما في المغرب؛ وفي المعجم الوجيز: «الخرق في الجدار يدخل منه الهواء أو الضوء، والجمع كُوَىٰ». (كوىٰ).

(٢) انظر: المهذب ٣/٥١٥.

(٣) في أ (لتبقىٰ ذلك عليه).

(٤) في أ (لذلك).




يقع عليه عقد الإجارة، ولا ملك له على الفاصل بينهما، [لم يجز][1]، فإن كان ما بينه وبين الأرض [للمستأجر][2] فهو جائز؛ وذلك لأنه إذا [اشترى][3] الثمرة أو استأجر الشجر لسقيه الثمرة، فقد استأجر بقعة لا يمكن سكناها، وكذلك لو استأجر الأرض، [لم يجز]؛ لأن النخلة تصير مستأجرة، والنخل لا يجوز دخولها في الإجارة.

وكذلك [٣١٥/أ] إذا [اشترى][4] أطراف الرَّطْبَة[5] فاستأجر الأرض؛ لأن أصل الرطبة ليس على ملكه، فقد حال بين ملكه وبين الأرض ملك المؤاجر، واستئجار بقعة مشغولة بمال المؤاجر، لا يصح.

ولو اشترى نخلة فيها ثمرة على أن يقلعها، ثم استأجر الأرض [لتبقيتها][6] فيها جاز، (وكذلك لو اشترى الرَّطْبَة بأصلها ليقلعها ثم استأجر الأرض فبقّاها فيها جاز)[7]؛ لأن الأرض مشغولة بمال المستأجر؛ وذلك لا يمنع الإجارَة، كما لو استأجر ما هو في يده.

قال محمد: وإن استعار الأرض في ذلك كله فهو جائز؛ لأن العارية إباحة للمنافع، ليس بعقد يتعلق به استحقاق، فإذا أباح المالك ملكه الذي

---

(١) الزيادة من أ.
(٢) في ب (المستأجر) والمثبت من أ.
(٣) في ب (استأجر) والمثبت من أ.
(٤) في ب (استأجر) والمثبت من أ.
(٥) أي: دون أصلها، ثم استأجر الأرض لإبقاء الرطبة. كما في الفتاوى الهندية ٤/٤٤٧.
(٦) في ب (فبقاها) والمثبت من أ.
(٧) ما بين القوسين ساقطة من أ.

يحل الانتفاع به جاز[1].

٢٢٩٩ ـ فَصْل: [استئجار ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر]

قال [أبو الحسن][2]: وإن استأجر أرضًا فيها رطبة سنة، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا: الإجارة فاسدة، فإن [قلع][3] رب الأرض الرطبة ثم قال للمستأجر اقبض الأرض بيضاء، فإن هذا جائز في قول أبي يوسف [وهو] قياس قول أبي حنيفة؛ وذلك لأنه استأجر ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر، وهو قطع الرطبة، فصار كمن اشترىٰ جِذْعًا في سقف، فإن قلع الرطبة فقد زال [المعنىٰ] المانع من صحة العقد، فجاز العقد، كما لو قلع الجِذْع وسلمه.

قال: فإن اختصما قبل ذلك فأبطل الحاكم الإجارة ثم قلع الرطبة بعد ذلك، لم يصح؛ وذلك لأن العقد كان مراعًىٰ، فإذا زال [المعنىٰ] المفسد مع بقاء المراعاة صَحّ، وإن أبطله الحاكم زالت المراعاة وانفسخ العقد، ولا يصح بعد ذلك إلا باستئناف.

قال: فإن مضىٰ من مدة الإجارة يوم أو يومان قبل أن يختصما، ثم قلع الرَّطْبَةَ [بعد ذلك]، فالمستأجر بالخيار: إن شاء قبضها علىٰ تلك الإجارة وطرح عنه أجر ما لم يقبض، وإن شاء لم يقبض[4]؛ وذلك لأن العقد علىٰ الأرض مدة يقف بعضها علىٰ بعض، ألا ترىٰ أن الزراعة يمكن في وقت ولا يمكن في وقت،

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٤٠٤، ٤٠٥؛ الفتاوىٰ الهندية ٤/٤٤٧.

(٢) في ب (أبو يوسف) والمثبت من أ.

(٣) في ب (قطع) والمثبت من أ.

(٤) في أ (ترك).

وتختلف بالتقديم والتأخير، فإذا رضي بمدة سَمَّاها فمضىٰ بعضها تغيّر عليه صفة العقد، فكان له الخيار.

وليس كذلك الدار إذا لم يسلمها بعض المدة؛ لأن السكنىٰ فيها لا تقف في بعض الأيام علىٰ بعض [ولا تختلف]؛ فلذلك لم يكن له خيار.

قال: ولو استأجر طريقًا في دار ليمرَّ فيها وقتًا معلومًا لم يجز في قياس قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف [ومحمد]: ذلك جائز، وهذا فرع علىٰ اختلافهم في إجارة المُشَاع؛ لأن البقعة المستأجرة غير متميزة من بقية الدار.

وقال في الأصل: إذا استأجر علو منزل ليبني عليه، فإن هذا لا يجوز في قياس قول أبي حنيفة، ويجوز في قياس قول أبي يوسف ومحمد[1].

لأبي حنيفة [٣١٥/ب] أن العلو يختلف البناء عليه؛ [لأنه إذا قلّ لم يضر] فإذا كثر استضر، فصار المعقود عليه مجهولاً، وليس كذلك إذا استأجر أرضًا ليبني عليها؛ لأنها لا تختلف بكثرة البناء وقلته.

لهما: أن البناء يصير معلومًا بالعادة.

قال: ولو استأجر ظهر بيت [ليبيت][2] عليه شهرًا، أو ليضع متاعه عليه جاز؛ لأن هذه بقعة يمكن سكناها، فجاز استئجارها[3].

وقد ذكر في بعض نسخ الأصل: إذا استأجر سطح بيت ليبيت عليه لم يجز،

---

(١) ذكرها الكاساني في البدائع (نقلاً عن الأصل) ٤/١٨٠.

(٢) في ب (ليبني) والمثبت من أ.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٤٣/١٦.

والصحيح أنه ليمُرَّ عليه، وكذلك هو في بعض النسخ.

٢٣٠٠ - فَصْل: [أخذ الأجرة على البيع والشراء]

قال: ولا يجوز عندهم جميعًا: أخذ الأجرة على البيع والشراء؛ وذلك لأن الشراء والبيع لا يقدر على إيقاعه بنفسه حتى ينضم إليه فعل غيره، ومن استؤجر ليعمل عملاً لا يقدر أن يعمله بنفسه، لم تصح الإجارة، كمن استأجر رجلاً ليحمل له خشبة بنفسه وهو لا يقدر على حملها.

وأما إذا استأجره شهرًا ليبيع له أو يشتري جاز؛ لأن العقد يقع على المدة دون العمل، والمدة معلومة، فإن استأجره ليبيع ويشتري فباع واشترى، فله أجر مثله؛ لأنه استوفى منفعته بعقد فاسد.

٢٣٠١ - فَصْل: [وقوع العقد على منفعة مجهولة]

وإذا استأجر دابة ولم يسم ما يحمل عليها، أو استأجر عبدًا [يومًا] ولم يسم ما استأجره له، فإن اختصموا في ذلك حين وقعت الإجارة فسخت الإجارة[1]، وإن مضى الوقت فعليه الأجر المسمى استحسانًا؛ وذلك لأن العقد وقع على منفعة مجهولة، ألا ترى أن الدابة تختلف منافعها باختلاف المحمول عليها، وجهالة المعقود عليه يوجب فساد العقد، فإن اختلفا، فسخ[2] العقد؛ لأنه ليس ما يلتمس أحدهما أولى من الآخر[3]، فإن حمل عليها فالقياس أن يجب أجر المثل؛ لأنه استوفى المنفعة بعقد فاسد، والاستحسان يجب المسمى؛ لأنه

---

(١) في أ (العقد).

(٢) في أ (فسد).

(٣) في أ (ما يلتمسه أحدهما بأولى مما يطلبه الآخر).

لما حمل عليها تَعَيَّنَ ذلك، فكأنه تعيّن بالعقد[1][2].

٢٣٠٢ ـ فَصْل: [إجارة الدراهم والدنانير]

قال: ولا تجوز إجارة الدراهم و[لا] الدنانير ولا تِبْرهما، وكذلك تِبْر النُّحَاس والرَّصَاص[3]، وكذلك لو استأجر حنطة ليعير بها مكيلاً، أو استأجر زيتًا ليعير به أرطالاً أو [أمناء][4].

أما إجارة ذلك مطلقًا فلا يجوز؛ لأن الإجارة تقع على المنفعة المقصودة من الأعيان[5]، والمنفعة المقصودة من المكيلات والموزونات استهلاك أعيانها، والإجارة لا تقع على الأعيان.

وأما إذا استأجرها ليعير بها ميزانًا أو مكيالاً، فقال محمد في الأصل: يجوز، وقال أبو الحسن: لا يجوز، وهو قول الشافعي[6].

لنا: أنها منفعة معلومة يحل استيفاؤها من العين مع بقائها، فجاز العقد عليها كسائر المنافع؛ ولأنها عين سيباح الانتفاع بها، فإذا استأجرها ليزن بها جاز، كالحجر.

قال: وكان شيخنا أبو عبد الله يقول: ما ذكره محمد في الكتاب [٣١٦/أ]

---

(١) في أ (تعينت المنفعة، فكأنها تعينت بالعقد).
(٢) انظر: الأصل ٥٢٤/٣.
(٣) في أ (الحديد) مكان الرصاص.
(٤) في أ (أمنانًا).
(٥) في أ (من المكيلات والموزون).
(٦) في أ (المخالف).
وانظر: المهذب ٥١٣/٣.




محمول على أنه استأجرها ليعير بها (ميزاناً بعينه، أو مكيالاً بعينه)[١]، وما ذكره أبو الحسن محمول على أنه استأجرها ليعير بها (ميزانًا)[٢] غير معين.

وجه ما ذكره أبو الحسن: أن هذه منفعة [غير][٣] مقصودة من العين، فإذا لم يجز استئجار العين للمنفعة المقصودة منها، فما ليس بمقصود أولى.

٢٣٠٣ ـ فَصْل: [الجهالة اليسيرة في الإجارة]

قال هشام: سألت محمدًا عن الإطلاء بالنَّوْرَةِ[٤]، إذا قال: أطليك بدانق ولا يعلم ما يطليه في غلظ ذلك [وثخانته][٥]، قال: هو جائز؛ وذلك لأن مقدار النورة معلوم بالعادة، ولأن الناس يعقدون على ذلك مع الجهالة في سائر الأعصار من غير نكير.

[مسائل في هذا الباب مشهورة]

٢٣٠٤ ـ [فَصْل: الاستئجار بطحن قفيز من حنطة بجزء من دقيقها]

قال محمد في الأصل: إذا استأجر رجلاً ليطحن له قفيزًا من حنطة بربع من دقيقها، أو يعصر له قفيز سمسم بمَنٍّ من دهنه، لم يجز؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ: «**أنه نهى عن قفيز الطحان**»[٦]، وقال في حديث رافع بن خديج: «**لا**

---

(١) في أ (مكيالاً معينًا).

(٢) في أ (مكيالاً).

(٣) الزيادة من أ.

(٤) «النَّوْرَة: أخلاط من أملاح الكلسيوم والباريوم تستعمل لإزالة الشَّعْر». المعجم الوجيز (نور).

(٥) في ب (وغايته) والمثبت من أ.

(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٥/٣٣٩؛ الدارقطني، ٣/٤٧؛ وأورده ابن حجر في الدراية عن البيهقي والدارقطني... قال: «وفي إسناده ضعف» ٢/١٩٠

تستأجرها بشيء منها»، ولأن جواز هذا العقد يؤدي إلىٰ فساده؛ لأنه يصير شريكًا بأول جزء من العمل، فيعمل بعد ذلك فيما هو شريك فيه، فلا يصح استحقاق الأجرة بعمله(١).

٢٣٠٥ـ فَصل: [الاستئجار علىٰ تعليم القرآن وتعليم الصنائع]

وقد ذكرنا ما ذكره أبو الحسن في الباب وما يتعلق به، ونحن نلحق به.

قال: ولا يجوز الاستئجار علىٰ تعليم القرآن ولا تعليم الصنائع؛ لما روىٰ عبد الرحمن بن شبل الأنصاري، أن النبي ﷺ قال: «**اقرؤوا القرآن ولا تغلوا فيه، ولا تأكلوا به**»(٢)، وروي أن أبي بن كعب أقرأ رجلاً فأعطاه قوسًا، فسأل النبي ﷺ عن ذلك فقال: «**أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار**»، قال: لا، قال: «**فرده**»(٣)(٤)؛ ولأن العقد تناول عملاً لا يقدر علىٰ إيفائه بنفسه، فلم يجز، كما

(١) وأضاف الكاساني: «لأن الأجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر، فيكون عاملاً لنفسه». البدائع ١٩٢/٤.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، ١٦٨/٢؛ والطبراني في الأوسط، ٨٦/٣؛ وأحمد في المسند، ٤٢٨/٣؛ وأورده الهيثمي مع غيرها من الروايات وقال: «ورجال الجميع ثقات» ٣١٤/٤.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ١٢٥/٦؛ وقال ابن حجر: «والحديث رواه ابن ماجه والروياني في مسنده والبيهقي...» وتكلم في سنده. التلخيص الحبير ٧/٤.

(٤) ذهب إلىٰ عدم جواز أخذ الأجرة علىٰ تعليم القرآن الكريم: الإمام أبو حنيفة، والمتقدمون من الحنفية، والإمام أحمد في رواية عنه، وبها أخذ أكثر أصحابه.
قال قاضيخان: «وإن استأجر رجلاً لتعليم القرآن، لا تصح الإجارة عند المتقدمين، ولا أجرة له». فتاوىٰ قاضي خان ٣٢٥/٢. انظر: الكافي لابن قدامة ٣٠٣/٢، ٣٠٤؛ الإنصاف للمرداوي ٤٥/٦.
وذهب بعض المتأخرين من الحنفية: إلىٰ جواز أخذ الأجرة علىٰ تعليم القرآن الكريم، وهو قول المالكية والشافعية، والإمام أحمد في رواية، وقول ابن حزم، مع تفاصيل لبعضٍ. =




لو استأجره على حمل شيء لا يقدر على حمله.

= قال صاحب الاختيار لتعليل المختار: «ولا تجوز الإجارة على الطاعات، كالحج، والأذان، والإمامة، وتعليم القرآن والفقه، وبعض أصحابنا من المتأخرين قال: يجوز على التعليم». ٢/٥٩.

وقال ابن عبد البر: «ولا بأس بأجرة المؤدبين المعلمين للقرآن إذا كان معلومًا في الشهر». الكافي ٢/٧٥٥.

وقال النووي: «لا تصح إجارة مسلم لجهاد، ولا عبادة تجب لها نيّة، إلا حج وتفرقة زكاة، وتصح لتجهيز ميت ودفنه، وتعليم القرآن». منهاج الطالبين ٢/٣٤٤.

وقال ابن قدامة: «وما يختص أن يكون فاعله من أهل القربة ـ وهم المسلمون ـ، كالحج، وتعليم القرآن، ففيه روايتان: إحداهما: يجوز الاستئجار عليه». الكافي ٢/٣٠٣.

وقول ثالث: وهو التفريق في الجواز وعدمه بين حالة وأخرى:

فذهب متأخرو الحنفية إلى القول بجوازه وعدمه بين حالة وأخرى:

فذهب متأخرو الحنفية إلى القول بجواز أخذ الأجرة عند الضرورة؛ [خشية ضياع القرآن]، وعليه الفتوى عندهم. انظر: البناية للعيني ٩/٣٤٢؛ حاشية ابن عابدين ٦/٥٥.

وفي وجه لمذهب الحنابلة بجواز أخذا لأجرة عند الحاجة، وهو اختيار ابن تيمية. انظر: الفروع لابن مفلح ٤/٤٣٥؛ والاختيارات الفقهية لابن تيمية ص١٥٣.

وأما القول بجواز أخذ الأجرة عند عدم الاشتراط، ومنعها عند الاشتراط، فقد نقله ابن قدامة وغيره عن الحسن، وابن سيرين، وطاووس، والشعبي، والنخعي. المغني ٨/١٣٦.

«وقال بعض العلماء إلى جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن إذا كان في المسلمين غيره ممن يقوم به، حلّ له أخذ الأجرة عليه؛ لأن فرض ذلك لا يتعين عليه، وإذا كان في حال أو في موضع لا يقوم به غيره، لم تحل له أخذ الأجرة، وعلى هذا يؤول اختلاف الأخبار فيه». كما قال الخطابي، ونقل عنه النووي في التِّبيان ص٣٥.

ما تقدم من الأحكام في أخذ الأجرة على تعليم القرآن، ذلك إذا كانت الأجرة من غير بيت المال، وأمَّا ما يُعطى من بيت مال المسلمين على تعليم القرآن والعلوم الشرعية، جائز عند جماهير الفقهاء قديمًا وحديثًا. انظر: المغني لابن قدامة ٨/١٣٧، ١٣٩؛ وحاشية القليوني على المنهاج ٤/٢٩٦؛ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١/٣٣٦.




وقالوا فيمن استأجر عبدًا وشرط على المستأجر طعامه: لم يجز، وكذلك لو استأجر دابة وشرط على المستأجر علفها؛ لأن مقدار ذلك مجهول، [والبدل المجهول لا](١) يجوز العقد به.

وقال محمد في الأصل: إذا دفع إليه أرضًا ليغرسها على أن الأرض بينهما (والغرس بينهما)(٢) فالعقد باطل، فإن غرسها فالغرس لصاحب الأرض وعليه قيمة الغرس وأجر مثل الغارس؛ وذلك لأنه باع نصف الأرض بنصف الغرس، واستأجره على العمل فيه، فصار البيع مشروطًا في الإجارة، والإجارة مشروطة في البيع، وإنما كان الغرس لصاحب الأرض؛ لأنه عقد عليه عقدًا فاسدًا وقبضه بحصوله في أرضه وملكه.

وقالوا في الإجارة على الإقامة والأذان: إنها لا تجوز؛ [٣١٦/ب] لقوله ﷺ لعثمان بن أبي العاص: «**واتخذ مؤذنًا لا يأخذ على الأذان أجرًا**»(٣)، ولأن هذا من شرطه أن يكون قربة لفاعله، فلا يجوز [أخذ] الأجر عليه كالصلاة والصيام.

وقال: إذا استأجر ليغزو عنه لم يجز؛ لأن الأجير إذا حضر الوقعة [والعدوّ]، فما يفعله فرض عليه، فلا يجوز أن يأخذ أجرته من غيره.

وقد روي أن النبي ﷺ قال: «**مثل من يغزو من أمتي ويأخذ الجعل عليه**

---

(١) في ب (فلا) والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك، ٣١٤/١؛ وأبو داود (٥٣١)؛ والنسائي في المجتبى (٦٧٢)؛ وابن خزيمة في صحيحه، ٢٢١/١؛ وأحمد في المسند، ٢١/٤؛ والبيهقي في الكبرى ٤٢٩/١؛ وقال الزيعلي: «أخرجه أصحاب السنن بطرق مختلفة، فأبو داود...، وأخرجه النسائي وابن ماجه عن أشعث بن سوار...، وقال الترمذي: حديث حسن». نصب الراية ١٣٠/٢.

كأم موسىٰ ترضع ولدها وتأخذ عليه أجرًا»(١)(٢).

٢٣٠٦ ـ فَصْل: [فيما آجر الوَصيُّ نفسه للصّبي]

قال في الأصل: لو آجر الوصي نفسه للصبي(٣) لم يجز، وهذا ظاهر علىٰ أصل أبي يوسف ومحمد؛ لأن عندهما(٤) لا يجوز عقد الوصي مع نفسه في حق الصغير.

فأما علىٰ قول أبي حنيفة فيجوز إذا باع منه أو اشترىٰ ما فيه الحظ للصغير، إلا أنه يقول: إذا آجر نفسه من الصبي(٥) فقد جعل المنافع التي ليست بمال مالاً، فلم يكن في ذلك حظ للصغير [لنفسه]، فلا تجوز، فأما إذا استأجر الصغير فينبغي أن يجوز علىٰ قول أبي حنيفة إذا كان بأجرة لا يتغابن في مثلها؛ لأنه يملك العقد في حق بنفسه، (وقد جعل المنافع التي ليست بمال مالاً، فيجوز.

فأما الآن إذا آجر نفسه للصغير أو استأجر الصغير لنفسه جاز؛ لأنه يملك العقد في حقه بنفسه)(٦)، وإن لم يكن [له نفع](٧) كما لو اشترىٰ من ماله بمثل القيمة، أو باعه، فكذلك الإجارة.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٢٧/٩؛ وأبو داود في المراسيل ٢٤٧/١؛ والبخاري في التاريخ الكبير، ٣٨/٨؛ وأورده العراقي في المغني عن حمل الأسفار، وعزاه لابن عدي من حديث معاذ، وقال: «مستقيم الإسناد، منكر المتن» ٢١٣/١٠.

(٢) انظر: الأصل ٤٣٦/٣، ٤٣٧.

(٣) في أ (لليتيم).

(٤) في أ (أصلهما).

(٥) في أ (الصغير).

(٦) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٧) في ب (لنفع) والمثبت من أ.

٢٣٠٧ـ فَصْل: [إجارة الصبي نفسه]

وقال في الأصل: في الصبي إذا آجر نفسه، لم يجز؛ لأن الإجارة طريقها طريق الأقوال، والصبي محجور عليه في أقواله، فإن عمل فالقياس أن لا يجب له الأجر؛ لأن المستأجر كان ضامنًا له، والأجر والضمان لا يجتمعان، إلا أنهم استحسنوا فقالوا: له الأجر؛ لأنه لما سَلِمَ من الضمان صار كأنه لم يكن، والصبي مأذون في اجتلاب النفع لنفسه، كما لو قَبِلَ الهبة.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: فيمن استأجر حانوتاً بنصف ما يربح فيه، قال: الإجارة فاسدة؛ لأنه بدل مجهول.

وروىٰ بشر عن أبي يوسف: في رجل دفع إلىٰ رجل دابة ليعمل عليها بالنصف، قال: إن [تقبل][1] الطعام عليها كان الأجر كله [للمتقبل][2]، ولهذا أجر مثل دابته؛ لأنه استحق الأجرة بعقده، واستوفىٰ منفعة الدابة [بعقد فاسد، وإن تقبل ليحمل عليها، فالأجر لصاحب الدابة][3]، وله أجر مثله.

وكذلك قال محمد؛ وذلك لأنه آجر دابته بأمره ووفّاه منافعها بعقد فاسد، فكان له الأجرة.

٢٣٠٨ـ فَصْل: [الاستئجار مشاهرة]

قال الفضل بن غانم: سمعت أبا يوسف قال: لا بأس أن يستأجر القاضي

(١) في ب (نقل) والمثبت من أ.
(٢) في ب (للناقل) والمثبت من أ.
(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من م.




رجلاً مشاهرة على أن يضرب الحدود بين يديه، وإن كان غير مشاهرة فالإجارة فاسدة؛ [وذلك] لأنه إذا استأجره مشاهرة، فالعقد [٣١٧/أ] يقع على المدة عمل أو لم يعمل، والمدة معلومة، وإذا استأجره على الضرب فذلك مجهول، فلا يجوز؛ ولأن إقامة الحدود فرض.

وقال محمد في السِّيَر الكبير: إذا استأجر الإمام رجلاً ليقتل المرتدين والأسارى، لم يجز عند أصحابنا، وإن استأجره ليقطع اليد جاز، ولا فرق بينهما عندي، والإجارة فيهما جائزة، وإنما عنى بأصحابه: أبا حنيفة وأبا يوسف.

لهما: أن القتل يقع الضرب فيه مع التجافي عن المضروب، وفيه مباح ومحظور، ألا ترى أنه إذا ضربه من غير تعذيب ولا عدول عن العنق كان مباحًا، وإن [عذب][1] كان محظورًا، وذلك لا [يمكن تمييزه من غيره][2]، فلم يجز العقد.

وليس كذلك ما دون النفس؛ لأن قطعه يكون بإمرار السكين، وذلك عمل معلوم كذبح الشاة يقع بإمرار السكين، ولا يلزم تشقيق الحطب؛ لأن ذلك وإن وقع مع التجافي فجميعه مباح.

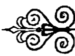
وربما قال أصحابنا: إن القتل إخراج الروح، وذلك من غير فعله، ولا يصِحّ الاستئجار عليه، ولا يلزم الذبح[3]؛ لأن الاستئجار على قطع [الحلقوم و] العروق لا على خروج الروح.

---

(١) في ب (عدل) والمثبت من أ.

(٢) في ب (يتميز له مع التجافي) والمثبت من أ.

(٣) في أ (ولا يلزم الاستئجار على الذبح؛ لأن ذلك).

لمحمد: أن القتل هو ضرب العنق، وذلك عمل معلوم كذبح الشاة وقطع اليد.

وقال ابن رستم، عن محمد في رجل قال لرجل: اقتل هذا الذئب، أو هذا الأسد، أو هذا الخنزير، ولك درهم [أو بدرهم]، فقتله، قال: له أجر مثله، ولا أجاوز به درهمًا، والأسد والذئب للمستأجر؛ وذلك لأن قتل الذئب والأسد يقع[1] وليس هو في يده، فالعمل مجهول لأجل المعالجة، والاستئجار على عمل مجهول لا يصح، وإذا وفاه المنفعة وجب [له] أجر المثل، وإنما كان الصيد للمستأجر؛ لأن قتل الصيد سبب لتملكه، وعمل الأجير يقع للمستأجر، فكأنه هو الذي فعل[2].

٢٣٠٩ ـ فَصل: [أجرة من حمل خمرًا]

قال عمرو عن محمد: فيمن استأجر حَمَّالاً يحمل له خمرًا، فله الأجر في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف [ومحمد]: لا أجر له.

لأبي حنيفة: أن العقد لا يتعين لحمل الخمر، ألا ترى أنه لو أمره لحمل مثلها خَلا جاز، وإذا لم يتعين العقد في [حمل] الخمر، صار كأنه استأجره على حمل أرطالٍ [مسماةٍ] مطلقة؛ ولأن حمل الخمر جائز لإراقتها، ومن [استؤجر][3] على حمل عين يجوز حملها، جازت الإجارة، كالاستئجار على حمل جلد الميتة.

لهما: أن حمل الخمر معصية لقول النبي ﷺ[4]: «**لعن حاملها والمحمول**

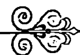
---

(١) في أ (نفع).

(٢) انظر: البدائع ٤/١٨٥.

(٣) في ب (استأجر) والمثبت من أ.

(٤) في أ (بدلالة أنه ﷺ).

إليه»[1]، والاستئجار على المعاصي لا يجوز[2].

قال محمد: ابتلينا بمسألة ميت مات من المشركين، فاستأجر والده من يحمله إلى موضع يدفنه فيه غير الموضع الذي مات فيه، قال أبو يوسف: لا أجر له.

وقلت أنا: إن كان الحَمَّال الذي حمله [يعلم][3] أنه جيفة فلا أجر له [٣١٧/ب]، وإن لم يعلم فله الأجر، وهذا إنما يعني به إذا استأجروا من ينقله من بلد إلى بلد.

فأما إذا استأجروا من ينقله إلى مقبرة [في] البلد جاز؛ ولأن [ذلك] دفع [لأذيته][4] عنهم، وأما [من بلد] إلى بلد آخر فوجه قول أبي يوسف: أن الجيفة إنما يجوز نقلها لدفع أذيتها، فأما من بلد إلى بلد فلا يحتاج إلى ذلك لدفع الأذية، فصار كنقل الميتة من بلد إلى بلد.

لمحمد: أن الأجير إذا علم أنها جيفة، فقد نقل ما لا يجوز له نقله، فلا يستحق الأجر، وإذا لم يعلم فقد غرّوه بالتسمية، والغرور يوجب الضمان.

[قال]: وسألت محمدًا عن الرجل يستأجر القوم للّعب واللهوِ، قال: لا أجر لهم، وهذا كالمُغَنِّي والنائحة؛ لأن ما [يفعلونه][5] معصية، والاستئجار

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه بسند ضعيف، ٤/١٥٩٥.
(٢) انظر: البدائع ٤/١٩٠ (نقلاً عن الأصل).
(٣) في ب (يعمل) والمثبت من أ.
(٤) في ب (الأذية) والمثبت من أ.
(٥) في ب (ما يتعلق به) والمثبت من أ.

على المعاصي لا يجوز.

وقال ابن رستم عن محمد: لا بأس بأجرة الكَنَّاس، أرأيت لو استأجره ليخرج له حمارًا ميتًا أمَا يجوز ذلك؛ ولأن نقل هذه النجاسات يحتاج إليها لدفع أذيتها، فلو لم يجز الاستئجار عليها أضر ذلك بالناس.

وقال أبو حنيفة: أكره أن يستأجر الرجل امرأة حرة ليستخدمها ويخلو بها، وكذلك الأمة، وهو قول أبي يوسف ومحمد؛ وذلك لأن الخلوة بالأجنبية منهي عنها، والاستخدام لا يؤمن معه الاطلاع عليها.

قال: وإذا استأجر الرجل امرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى، فإنه لا يجوز؛ وذلك لأن خدمة البيت تلزم المرأة فيما بينها وبين الله تعالى؛ بدلالة أن النبي عليه السلام جعل على فاطمة رضي الله عنها ما كان من خدمة البيت، وعلى عَلِيّ ما كان من وراء البيت[1]. وإذا كان [ذلك] يلزمها لم يجز أخذ الأجرة عليها.

ولا يقال: لو لزمها أجبرت عليه؛ لأنه يلزمها فيما بينها وبين الله تعالى كالعبادات؛ ولأن خدمة البيت نفع لها وللزوج، فكأنه استأجرها على شيء مشترك[2].

قال: ولو استأجرت امرأة زوجها ليخدمها بأجر مسمى، فهذا جائز، وكذلك

---

(١) أورده ابن حجر في فتح الباري ٩/٥٠٧ تحت (باب خادم المرأة)؛ «وحكى ابن بطال أن بعض الشيوخ قال: لا نعلم في شيء من الآثار أن النبي ﷺ قضى على فاطمة بالخدمة الباطنة، وإنما جرى الأمر بعينهم على ما تعارفوه من حسن العشرة، وجميل الأخلاق، وأما أن تجبر المرأة على شيء من الخدمة، فلا أصل له...» كما في عمدة القاري ٢١/٢١.

(٢) وزاد الكاساني: «والاستئجار على عمل ينتفع به الأجير غير جائز». ٤/١٩٢.

لو استأجرته لرعي غنمها ؛ لأن خدمة البيت لا تلزم الزوج ، فقد استأجرته على ما لا يجب عليه .

ولو استأجرها لرعي غنمه جاز ؛ لأن ذلك العمل لا يجب عليها .

وإذا استأجر الرجل ابنه وهو بالغ ليخدمه في بيته فليس عليه أجر ؛ لأن خدمة الأب واجبة على الابن ، فقد استأجره على ما هو [واجب](١) عليه .

وإن كان الابن هو الذي استأجر الأب للخدمة فإن ذلك لا يجوز ، فإن عمل كان له الأجرة ؛ لأن الابن مأمور بتعظيم أبيه ، وفي استخدامه استخفاف به .

قال: ولو كان الابن مكاتبًا فاستأجره أبوه لخدمته وهو حر غني عن خدمته ، أو محتاج [إليه] فهذا جائز ، وعليه الأجر ؛ لأن المكاتب لا يلزمه خدمة الأحرار ، فصار كالأجنبي .

ولو كان الأب من أهل الذمة والابن مسلم ، أو الابن كافر والأب مسلم ، لم يجز ذلك في [٣١٨/أ] الخدمة ؛ لأن الولد مأمور بتعظيم أبيه مع اختلاف الدين .

وإن كان الولد عبدًا والأب حرًا فاستأجره من مولاه كان جائزًا ؛ وذلك لأن العبد لا يلزمه خدمة غير المولى .

وإن كان الأب عبدًا والابن حرًا فاستأجره [من] مولاه ليخدمه ، أبطلت ذلك ولم أجزه ؛ لأن الأب لا يجوز أن يخدم ولده وإن كان عبدًا .

قال: وإذا استأجر الذِّمِّيُّ المسلمَ ليخدمه فهو جائز ، وأكره للمسلم خدمة

---

(١) في ب (مستحق) والمثبت من أ.




الذمي؛ وذلك لأن الاستخدام استذلال، ولا ينبغي للمسلم أن يذل نفسه للكافر، فأما جواز العقد؛ فلأنه معاوضة، فجاز مع اختلاف الدِّيْنِ كالبيع.

قال: وإذا استأجر (الذِّمِّيُّ من المسلم)(١) بيعةً يصلي فيها، فإن ذلك لا يجوز، وكذلك لو استأجر ذمي من ذمي؛ لأن هذا استئجار على معصية(٢).

وقد ذكر في الأصل: أن من آجر داره من ذمي ليتخذها مُصَلًّى، فإن كان ذلك في المصر لم يجز، وإن كان في السواد جاز؛ لأن السواد في وقت أبي حنيفة كان لأهل الذمة.

وكان أبو بكر [الرازي](٣) يقول: المسألة محمولة على أن ذلك لم يشرط في العقد، فوقع العقد على منافع مطلقة، والبلاد كانت لهم، فكانوا لا يمنعون من اتخاذ البِيَع في السواد، فأما الآن فالسواد للمسلمين، فلا يجوز اتخاذ مصلى فيه لم يكن، وإنما يبقون(٤) على ما أُقِرُّوا عليه بالأَمان، لأن النبي ﷺ قال: «**لا خصي في الإسلام ولا كنيسة**»(٥).

قال: وإذا استأجر المسلم من المسلم مسجدًا يُصلي فيه، فإن هذا باطل لا

---

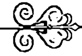
(١) في أ (المسلم من الذمي).

(٢) انظر: المبسوط ٣٨/١٦.

(٣) في ب (الداري) والمثبت من أ.

(٤) في أ (يقرون).

(٥) أخرجه بلفظه البخاري في التاريخ الكبير، ٢٦٩/٥؛ وأما باللفظ الأخير فالروايات كثيرة، أورد الزيلعي الحديث عن البيهقي في سننه عن ابن عباس مرفوعًا، وقال: ضعفه»؛ وروى ابن عدي أيضًا عن عمر رضي الله عنه مرفوعًا، وأعلّه بسعيد بن سنان، قال ابن عدي: «إن عامة ما يرويه غير محفوظ، وأسند تضعيفه عن أحمد وابن معين». انظر: الروايات: التخليص الحبير، ١٢٩/٤؛ نصب الراية، ٤٥٣/٣.

يجوز؛ وذلك لأنه استأجر موضعًا يؤدي فيه عبادة، فصار كمن استأجر موضعًا من عرفات يقف فيه؛ ولأنه استأجر بقعة لعمل شرط الأجرة عليه (يفسده، فلا يجوز الاستئجار له)[(١)].

قال: ومن استأجر فحلاً لينزيه فإن هذا باطل[(٢)]؛ (لأن النبي ﷺ نهىٰ عن عسب التيس)[(٣)]، ولم يرد به نفس العمل، فلم يبق إلا أن يريد به أخذ الأجرة عليه.

وقال أبو يوسف: فيمن استأجر ثيابًا ليبسطها في بيت [ليزيّن بها] ولا يجلس عليها، قال: الإجارة فاسدة؛ لأن بسط الثياب من غير استعمال ليس بمنفعة مقصودة [عادة][(٤)].

وقال عمرو عن محمد: في رجل استأجر دابة ليجنبها يتزين بها فلا أجر [للآجر] لها؛ وذلك لأن قود الدابة [للتزين] ليس باستيفاء منفعة [مقصودة][(٥)].

ولو استأجر كلبًا معلمًا ليصيد به أو بازيًا فلا أجر له؛ وذلك لأن المنفعة المعقود عليها لا يمكن إجبار الكلب عليها ليستوفي منه، [وتحصل في يده] فلا يصح العقد عليها[(٦)].

---

(١) في أ (فلم يجز). انظر: المبسوط ١٦/٣٨.

(٢) انظر: المبسوط ١٦/٤١.

(٣) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٤٦٩٨)؛ والطحاوي في مشكل الآثار، ٢/١٨٦ بلفظه؛ وأورده الزيلعي وقال: غريب بهذا اللفظ، ومعناه أخرجه البخاري، وأبو داود، والترمذي، والنسائي...، عن ابن عمر: «أن النبي ﷺ نهىٰ عن عسب الفحل». ٤/١٣٥؛ أخرجه البخاري (٢١٦٤).

(٤) الزيادة ما بين المعقوفتين (بالموضعين) من البدائع ٤/١٩٢.

(٥) المرجع السابق نفسه.

(٦) وذكر الكاساني العلّة: «... لأنه استئجارٌ علىٰ العين وهو العبد، وجنس هذه المسائل تخرج عن الأصل». البدائع ٤/١٧٥.




وقال ابن رستم عن محمد: في رجل استأجر شاة لترضع جَدْيًا أو صبيًا، قال: لا يجوز؛ وذلك لأن لبن الشاة له قيمة، والعقد وقع عليه وهو مجهول، فلا يجوز؛ ولأن الإجارة لا تستحق بها الأعيان [٣١٨/ب] إلا علىٰ وجه التبع، وليس كذلك الآدمية؛ لأن لبنها لا قيمة له، فالعقد يقع علىٰ الخدمة، واللبن تبع فلا يؤثر جهالته(١).

قال هشام عن محمد: لو أن رجلاً استأجر قومًا يحملون [له] جنازة أو يغسلون ميتًا، قال: إن كان في موضع لا يجدون من (يغسله غيرهم)(٢) فلا أجر لهم، وإن كانوا في موضع فيه مجمع الناس فلهم الأجر؛ لأن هذا من فروض الكفاية، فإذا لم يكن إلا هم فقد استأجرهم علىٰ ما هو فرض عليهم، فلا يجوز، وإذا كان هناك غيرهم لم يتعين عليهم الفرض فجازت الإجارة(٣).

٢٣١٠ـ فَصْل: [ما تجب في الإجارة الفاسدة]

وقد قال أصحابنا: إن الإجارة الفاسدة تجب فيها أجر المثل؛ وذلك لأن التسمية إنما تجب بالعقود الصحيحة، فأما الفاسدة فتجب فيها قيمة المعقود عليه لقوله ﷺ: «**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل**»(٤)، فإن دخل بها فلها مهر مثلها لا وَكس ولا شطط.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٥/١٢٩.

(٢) في أ (يغسل غير هؤلاء).

(٣) أورده أصحاب الفتاوىٰ الهندية (نقلاً عن التجريد للقدوري) ٤/٤٥٢.

(٤) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣)؛ والترمذي (١١٠٢) وقال: «حديث حسن»؛ وابن ماجه (١٨٧٩) كلهم: (فنكاحها باطل، ثلاثًا)؛ وابن حبان في صحيحه (مرتين) ٩/٣٨٤. انظر بالتفصيل: نصب الراية ٣/١٨٤، ١٨٩، ١٩٠.




(وقد روي أن أبا يوسف سئل عن هذه المسألة فجعل ينفض كمه في وجه السائل ويقول: (لا وَكس ولا شطط)[1].

وقال أصحابنا: الواجب في الإجارة الفاسدة الأقل من أجر المثل ومن المسمىٰ، وقال زفر: يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، وبه قال الشافعي[2].

وهذا مبني علىٰ أصلنا: أن المنافع لا قيمة لها إلا بعقد، أو شبهة عقد، وقد قوموها بعقد بمقدار التسمية، فما زاد علىٰ ذلك أسقطوا قيمته، فلا تجب قيمته من غير عقد ولا شبهة.

وليس كذلك الأعيان؛ لأنها مقومة بأنفسها، فإذا سقط البدل المسمىٰ صار كأنها أتلفت بغير عقد.

وعلىٰ الشافعي أن البدل في العقود بدلان: مسمىٰ[3] وقيمة، فإذا جاز أن يرد المسمىٰ إلىٰ القيمة، جاز أن ترد القيمة إلىٰ المسمىٰ، وإنما يرد المسمىٰ إلىٰ القيمة في المريض إذا اشترىٰ أو استأجر بأكثر من القيمة وعليه دين.

وجه قول زفر: أن ما وجب بدله بالعقد الصحيح، فبالفاسد وجبت قيمته بكمالها كالأعيان.



(١) ساقطة من أ.

(٢) انظر: المهذب ٥٤٧/٣.

(٣) في أ (مستحق).




بَابُ
الرجل يستأجر من رجل ما له فيه شركة



قال أبو حنيفة: في رجلين بينهما طعام استأجر أحدهما من صاحبه دابة، على أن يحمل نصيبه من الطعام إلى مكان كذا، والطعام غير مقسوم، فحمل كل الطعام[1] إلى ذلك الموضع، قال: لا أجر له.

قال ابن سماعة عن محمد: في طعام بين رجلين ولأحدهما سفينة، فأرادا أن يخرجا [ذلك] الطعام من بلدهما إلى بلد آخر، فَاستأجر أحدهما نصف سفينة صاحبه لحصته بعشرة دراهم، فهو جائز، [وكذلك لو أرادا أن يطحنا الطعام، فاستأجر نصف الرحا التي لشريكه]، وكذلك لو استأجر أنصاف جوالقه ليحمل فيها هذا الطعام إلى مكة، فهو جائز.

وجملة هذا: أن كل شيء [٣١٩/أ] لا يستحق فيه الأجرة إلا بإيقاع عمل في العين المشتركة إذا استأجر أحد الشريكين الآخر لم يجز، مثل أن يستأجره لينقل الطعام بنفسه، أو بغلامه أو بدابته، أو لقصارة الثوب[2].

وكل ما يستحق [فيه] الأجرة من غير إيقاع [عمل في العين المشتركة][3] فالإجارة جائزة، مثل أن يستأجر منه داراً يحرز فيها الطعام، أو جوالقًا أو

(١) في أ (ذلك الطعام كله).
(٢) البدائع ٤/١٩٠.
(٣) في ب (إيقاع العمل في المال المشترك) والمثبت من أ.

سفينة أو رحاً.

والفرق بينهما: أن ما لا تجب الأجرة فيه إلا بالعمل، لا يمكن إيقاع العمل في العين المشتركة؛ لأن نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤاجر، وإذا لم يوفِ [العمل] المعقود عليه، لم تجب الأجرة.

فأما الدار والسفينة فلا يجب الأجر فيهما بإيقاع العمل في العين، وإنما يجب بوضع العين في الدار وفي الجوالق، وإيقاع عمل في السفينة وفي الرحا، فأمكن التسلم في المعقود عليه، فوجبت الأجرة[1].



(١) انظر: البدائع ٤/١٩٠؛ الفتاوى الهندية ٤/١٥٧.

بَابُ
أجرة المنافع بالمنافع وهي متفقة أو مختلفة



قال: الأصل في [هذا] الباب: أن المنفعة إذا عقد عليها بمنفعة من جنسها لم يجز عندنا، وإن كان بغير جنسها جاز، وقال الشافعي: يجوز في الوجهين جميعًا[١].

لنا: أنها منفعة عقد عليها بجنسها، فلم تصح التسمية كنكاح الشغار، ولأن المنافع لا تملك بالعقد، ولا يمكن تسليمها إلا حالاً فحالاً، فإذا عقد عليها بجنسها فقد وجد [النَّساء][٢] في الجنس، فلا يجوز عندنا، وبهذه العلة علل محمد أنه قال: وهذا كبيع [القوهي بالقوهي][٣] نسيئًا.

وليس كذلك إذا اختلف جنس المنفعة؛ لأن النَّساء وجد في الجنسين، ولا ربا فيهما، فصار كالمروي [بالهروي][٤]، فإن قبل النَّساء ما شرط في العقد، فأما ما تأخر قبضه من غير شرط فليس بنسيء.

فالجواب [عنه]: أن الإجارة إذا وقعت على مدة معلومة أو عمل معلوم، فالتأخير مشروط بالعقد، ألا ترى أن أنه لا يمكن تسليمها إلا حالاً فحالاً.

---

(١) انظر: المهذب ٣/٥٢٠.
(٢) في ب (الفساد) والمثبت من أ.
(٣) في ب (الفيومي بالفيومي) والمثبت من أ، كما في المبسوط ١٥/١٣٩؛ والهداية ٣/٢٤٣.
(٤) في ب (بالمروي) والمثبت من أ.

قال أبو يوسف [ومحمد]: إذا استأجر عبدًا ليخدمه شهراً بخدمة أمة، فإن أبا حنيفة قال: هذا فاسد لا يجوز إجارة خدمة بخدمة، ولا سكنىٰ بسكنىٰ، ولا زراعة أرض بزراعة أرض أخرىٰ، وهذا علىٰ ما بيّنا أن النَّساء لا يجوز في الجنس[1].

قال: فإن خدم أحدهما ولم يخدم الآخر فليس عليه أجر.

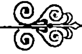
قال أبو الحسن: ولا أحفظ سقوط الأجر في العمل المتفق إلا في رواية عن ابن الجعد وبشر بن الوليد عن أبي يوسف، وليس عن غيره خلاف هذا.

[وقد ذكر في الأصل: أن الواجب أجر المثل، وهذا هو الظاهر][2]؛ لأنه استوفىٰ المنافع بعقد فاسد، والمنافع مقوّمة بالعقد وإن لم يذكر لها بدل، كمن استأجر ولم يسم عوضًا، فإذا سمىٰ عوضًا[3] [٣١٩/ب] وهو المنفعة أولىٰ.

ووجه هذه الرواية: أنه لما جعل[4] المنفعة بإزاء المنفعة ولا قيمة لها فقد رضي ببدل المنافع بما لا قيمة له، فلم يجز تقويمها؛ ولأنها منفعة بجنسها كالمهايأة، وقد قالوا في عبد مشترك تهايأ الشريكان فيه، [فخدم][5] أحدهما يومًا ولم يخدم الآخر أنه لا أجر عليه.

قال أبو الحسن في الجامع: وإذا كان عبد واحد بين اثنين فآجر أحدهما

(١) في أ (الجنسين).
(٢) في ب (والظاهر أن له أجر المثل) والمثبت من أ.
(٣) في أ (بدلاً).
(٤) في أ (سمّىٰ).
(٥) في ب (ليخدم) والمثبت من أ.

نصيبه من صاحبه يخيط معه شهرًا علىٰ أن يصوغ نصيبه معه الشهر الداخل ، فإن هذا لا يجوز في العبد الواحد.

وإن اختلف العمل من قبل أن النصيبين في العبد الواحد فقد اتفقت الصفة كخياطة عبد بخياطة عبد ، [لا يجوز] ، وإنما يجوز في العملين المختلفين إذا كانا في عبدين ؛ وذلك لأن العبد المشترك [إذا] آجره أحدهما للآخر [منفعته][1] مدة بمدة مثلها ، فهذا مهايأة ، ألا ترىٰ أنهما فعلا ما يستحق عليهما بغير إجارة ، والمهايأة من حكمها أن تقع علىٰ المنافع المطلقة ، فأما أن يعين أحد الشريكين علىٰ الآخر المنفعة ، فلا يجوز ذلك.



(١) في ب (لمنفعة) والمثبت من أ.

بَابُ
الرجل يستأجر الدابة ليحمل عليها شيئاً فحمل عليها غيره



قال أبو الحسن: إذا استأجر الرجل دابة ليحمل عليها شيئًا فحمل عليها غيره، فإنك تعتبر ذلك: فإن كان [فيما حمل] ضرر على الدابة في خِفَّة الحمل وثِقَلِه، اعتبرت الخفة والثقل، فإن كان ما حمل في ثقل ما استأجر له الدابة أو أخف، فليس بمخالف وعليه الأجرة، وإن كان أثقل فهو مخالف وضامن ولا أجر عليه، وإن حمل ما استأجر وزاد فيه من جنسه مثل أن يستأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة شعير، فحمل عليها أحد عشر قفيزًا، فإن سلمت فلها ما سمّى من الأجر، وإن عطبت فهو ضامن لجزء من أحد عشر جزءًا من الدابة، وعليه الأجر الذي سمّى.

[قال]: والأصل في هذا: أن من استحق منفعة مقدرة بالعقد واستوفى تلك المنفعة أو مثلها[1] أو أقلّ منها جاز، فإن استوفى أكثر منها لم يجز؛ وذلك لأن التعيين في المعقود عليه يثبت حكمه إذا كان له فائدة، فإذا لم تكن [فائدة] سقط التعيين، ألا ترى أنه لو استأجرها ليحمل عليها قفيزًا من حنطة زيد، فحمل [عليها] قفيزًا من حنطة عمرو وهما متساويان في الثقل[2] جاز؛ لأن الضرر على الدابة واحد، فإذا استأجرها ليحمل [عليها] حنطة، فحمل مكيلاً آخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها جاز؛ لأنه استوفى مثل ما سمّى.

---

(١) في أ (أدون منها).

(٢) في أ (في الصفة).

وكذلك من[١] استأجر أرضًا ليزرع فيها نوعًا فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالأرض، فإن [٣٢٠/أ] استأجرها ليحمل عليها قفيزًا من حنطة فحمل قفيزًا من شعير جاز؛ لأن ضرر الشعير أقل من ضرر الحنطة بحقه، فقد استوفى أقل مما شرط.

وعلى هذا إذا استأجر أرضًا ليزرع فيها نوعًا، فزرع نوعًا آخر ضرره أقل من ضرر المسمى، فإن استأجرها ليحمل عليها قفيزًا من شعير فحمل قفيزًا من حنطة ضمن؛ لأنه أكثر [ضررًا] مما شرط، واستحقاق المنفعة استحقاق لما دونها، وليس باستحقاق لما زاد عليها.

وأما ما يختلف منفعته لا للثقل كمن استأجر دابة ليحمل عليها مائة من قطن، فحمل عليها مثل وزنه حديدًا أو أقل ضمن؛ لأن الضرر هاهنا ليس للثقل، لكن للجنس، ألا ترى أن القطن ينبسط على [ظهر] الدابة والحديد مجتمع في مكان واحد، وعلى هذا إذا استأجرها ليركبها، فركبها[٢] من هو مثله في الثقل أو أخف [منه] يضمن؛ لأن اختلاف الركوب[٣] ليس هو بالثقل، وإنما هو [للحذق][٤] بالركوب، ألا ترى أن ثقيل البدن الذي يحسن الركوب لا يضر بالدابة، والخفيف الذي لا يحسن يضر بها.

وأما إذا حمل عليها ما سمّى وزيادة مثل من استأجرها [ليحمل عليها][٥]

---

(١) في أ (لو).

(٢) في أ (فأركبها).

(٣) في أ (الراكب).

(٤) في ب (للخرق) والمثبت من أ.

(٥) في ب (لحمل) والمثبت من أ.

عشرة أقفزة حنطة، فحمل أحد عشر [قفيزًا]، ضمن بقدر الزيادة، ووجبت عليه الأجرة؛ لأن تلف الدابة بالثقل، [والثقل منقسم عشرة][(1)] أجزاء مأذون فيها، وجزء واحد غير مأذون فيه، فيضمن بقدر ذلك[(2)].

وعلىٰ هذا قال أصحابنا: في حائط بين شريكين أثلاثًا مال إلىٰ الطريق، فأشهد علىٰ أحدهما دون الآخر، فسقط [الحائط] علىٰ رجل فقتله، فعلىٰ الذي أشهد عليه بقدر نصيبه؛ لأنه مات من ثقل الحائط، وهو أثلاث، ولو وقعت منه آجُرَّةٌ فقتلت رجلاً، فعلىٰ الذي أشهد عليه نصف ديته وإن كان نصيبه في الحائط أقل من النصف؛ لأن التلف ليس بالثقل، وإنما هو بالجرح، ويسير الجراحة ككثيرها، فصار كرجل جرح رجلاً جراحتين وجرحه آخر جراحة واحدة، فمات من ذلك، كان الضمان نصفين.

وأما إذا استأجر دابة ليركبها [فركبها] وأركب معه غيره، فعطبت فهو ضامن لنصف قيمتها، ولا يعتبر بالثقل لما بيّنا أن الدابة لا تتلف بثقل الراكب، وإنما تتلف لقلة [هدايته و] معرفته بالركوب، فصار تلفها بركوبهما كتلفها بجراحتهما، وركوب أحدهما مأذون والآخر غير مأذون، فيضمن نصفها، وهذا إذا كانت الدابة يمكن أن يركبها اثنان.

وإن كان لا يمكن، فعليه جميع قيمتها؛ لأنه تعمد إتلافها.

وعليه في مسألة الطعام إذا حمل أكثر [منه الأجر المسمّىٰ]؛ لأنه استوفىٰ [٣٢٠/ب] المنفعة المعقود (عليها، وإنما تعدىٰ في الزيادة، ولا أجرة في الزيادة؛

(١) في ب (ينقسم فعشرة) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٣/٥٢٤ وما بعدها.

لأنه استوفىٰ المنفعة)[١] بغير عقد.

فأما إذا استأجرها لركوبه فأركبها غيره، أو يحمل قطنًا فحمل الحديد، فلا أجر عليه؛ لأنه ما[٢] استوفىٰ المنفعة المعقود عليها.

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إن استأجر [حمارًا][٣] بإكاف فأسرجه ونزع الإكاف، فلا ضمان عليه؛ وذلك لأن ضرر السرج أقل من ضرر الإكاف[٤]، ألا ترىٰ أنه يأخذ من ظهر البهيمة أقل.

قال: ولو استأجر[٥] حمارًا عاريًا فأسرجه ثم ركبه كان ضامنًا، وقد فَصَّل أصحابنا هذا فقالوا: إذا استأجره ليركبه إلىٰ خارج المصر لم يضمن؛ لأن الحمار لا يركب من بلد إلىٰ بلد بغير سَرْجٍ ولا إِكَافٍ، فلما آجره كذلك، فقد أذن له من طريق المعنىٰ.

قال: وإن استأجره [ليركبه في المصر] وهو من ذوي الهيئات، فله أن يسرجه؛ لأن مثله لا يركب بغير سرج، وإن كان من أدوان الناس فأسرجه ضمن؛ لأن مثله يركب في البلد بغير سرج، والسرج أثقل علىٰ الدابة.

قال: فإن استأجر حمارًا بسرج فأسرجه بغيره، فإن كان [سرجًا] يسرج الحمار بمثله، فلا ضمان عليه، وإن كان لا يسرج بمثله الحمير فهو ضامن،

---

(١) ساقطة من أ.

(٢) في أ (لم يستوف).

(٣) في ب (دارًا) والمثبت من أ.

(٤) «السَّرْج: رَحْلُ الدابّة، وجمعه سروج». المعجم الوجيز (سرج).
«الإكاف: البرذعة، والجمع أُكُف». المعجم الوجيز (أكف).

(٥) في أ (تكارىٰ).

وذلك لأن السِّرْجِيْن[1] لا يتفاوتان إذا كانا من نوع واحد، فإن كان [سَرْجًا] كبيراً [مثل][2] سروج البراذين فإنه يتلف الحمار فيضمن.

قال: وكذلك إذا لم يكن عليه لجام فألجمه، فلا ضمان عليه إذا كان مثله يلجم بذلك اللجام، وكذلك إن أبدله؛ وذلك لأن الحمار لا [يُحَلِّق] باللجام وغيره ولا يتلف به، فلا يضمن بإلجامه.

وأما إذا استأجر حمارًا بسرج فأوكفه فقد ذكر في الأصل قال: يضمن بقدر ما زاد الإكاف على السرج، وقال في الجامع الصغير: يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة، وفي قولهما: يضمن بحساب الزيادة[3].

لأبي حنيفة: أن الإكاف لا يخالف السرج في الثقل، وإنما يخالفه لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ [منه] السرج؛ ولأن الدابة التي لم تألف الإكاف يضر بها، والخلاف إذا لم يكن للثقل وجب به جميع الضمان، وليس كذلك إذا أبدل السرج [بسرج] بأثقل منه، أو الإكاف بإكاف أثقل منه؛ لأن التفاوت هاهنا من ناحية الثقل، فيضمن بقدر الزيادة.

لهما: أن الإكاف والسَّرْج كل واحد منهما يركب به في العادة، وإنما يختلفان [لثقل الإكاف][4]، فوجب أن يضمن بقدر الثقل.

قال: ولم يذكر أبو الحسن إذا تعدى المستأجر [في الإجارة] ثم أزال

(١) «السِّرْجِين: الزِّبْلُ ـ كلمة أعجمية ـ، وأصلها سِرْكين بالكاف، فعرّبت إلى الجيم والقاف، فيقال: سِرقِين أيضًا». المصابح (سرج).
(٢) في ب (من) والمثبت من أ.
(٣) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٥١٩.
(٤) في ب (للثقل) والمثبت من أ.

التعدي، وقد قال أصحابنا: فيمن استأجر دابة [٣٢١/أ] إلىٰ الكوفة فركبها إلىٰ القادسية ثم ردّها إلىٰ الكوفة، فعليه أجرها إلىٰ الكوفة، ولا أجر عليه إلىٰ القادسية، فهو ضامن [للدابة] حتىٰ يردها [إلىٰ الكوفة سالمة، فإن رَدَّها إلىٰ] صاحبها [فلا ضمان عليه]، فإن تلفت في يده ضمن.

وقال زفر: إذا ردّها إلىٰ الكوفة سالمةً [ثم تلفت] فلا ضمان عليه(١).

وجه قولهم: أن يد المستأجر لنفسه وليست للمؤاجر، بدلالة أنه يمسك العين لاستيفاء منفعة يختص بها كالمستعير، وقد قالوا في المستعير: إذا تعدىٰ ثم أزال التعدي لم يبرأ من الضمان، وليس كذلك المُودَع إذا تعدىٰ ثم أزال التعدي؛ (لأنه يمسك الشيء لمنفعة المودع، فيده قائمة مقام يده، فإذا أزال التعدي)(٢) صار كأنه ردّ العين إلىٰ يد وكيل المالك(٣).

وقد اعترض عيسىٰ علىٰ مسألة الإجارة فقال: يجب أن يزول الضمان؛ لأن المستأجر إذا لحقه ضمان رجع به علىٰ المؤاجر، فدل علىٰ أن يده كَيَدِهِ، وصار من هذا الوجه كالمودع الذي يرجع بالضمان، وفارق المستعير؛ لأن المستعير لا يرجع علىٰ المعير بالضمان.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن المستأجر لا يرجع لما ظنه [عيسىٰ]، وإنما يرجع لأنه غره بعقد فيه بدل، والغرور(٤) يعتبر سببًا لوجوب الرجوع.

---

(١) انظر: الأصل ٣/٥٢٦.
(٢) ساقطة من أ.
(٣) في أ (المودع).
(٤) «الغرر: هو الخطر الذي لا يدرىٰ أيكون أم لا». المغرب (غرر).

وقد روي عن أبي يوسف: فيمن استأجر دابة من الكوفة إلىٰ [الحيرة][1] ذاهبًا وجائيًا، فتجاوز [الحيرة] ثم رجع إلىٰ الكوفة فهو ضامن، وكذلك قال محمد: فيمن استأجر دابة إلىٰ الكوفة ذاهبًا وجائيًا فبلغ القادسية ثم رجع إلىٰ الكوفة، وهذا صحيح علىٰ ما قَدَّمنا أن يد المستأجر لا تقوم مقام يد المالك، فَردُّها إلىٰ اليد الثانية بالإجارة لا يسقط عنه الضمان.

وقد روىٰ ابن سماعة عن محمد: فيمن استأجر دابة أيامًا معلومة يركبها في المصر، فخرج عليها من المصر ثم ردّها في تلك الأيام إلىٰ المصر، فنفقت في يده لم يضمن، وصار ذلك بمنزلة من استودع الدابة فركبها بغير أمر صاحبها ثم رَدَّهَا، وهذه الرواية عن محمد مخالفة للرواية التي ذكرناها، فلا بد أن يكون قوله في المسألتين واحدًا؛ لأنه لا فرق بينهما، ووجهه ما ذكرناه في طعن عيسىٰ.

ويقول أيضًا: إن المستأجر لا يلزمه ضمان الرد كالمودع، وليس كذلك المستعير؛ لأنه يلزمه ضمان الرد، وقد قال أبو يوسف ومحمد: فيمن استأجر دابة إلىٰ مكان بعينه، فلما سار بعض الطريق ادعاها لنفسه وجحد أن يكون استأجرها، وصاحب الدابة يدعي الإجارة، قالا: إن نفقت من ركوبه فلا ضمان عليه، وإن نفقت قبل أن يركبها ضمن، وإن انقضت المسافة فجاء بها يردها علىٰ [٣٢١/ب] صاحبها فتلفت ضمن، فجعلاه ضامنًا بالجحود حتىٰ لو تلفت الدابة ضمنها، وأسقطا عنه الضمان بالركوب، حتىٰ لو تلفت من الركوب لم يضمنها، وهذا يقتضي أن يكون يد المستأجر قائمة مقام يد المؤاجر.

وقد عَلَّلَ محمد لهذا فقال: لأنه ليس لرب الدابة أن يأخذها منه، فلم يكن

(١) في ب (الحنين) والمثبت من أ.




الجحود مانعًا من حق عليه، وليس كذلك المودَع إذا جحد؛ لأن لصاحبها أن يأخذها [منه]، فإذا جحد [ها] فقد منعها منه.

وعلل المسألة في موضع آخر فقال: لأن صاحب الدابة أبرأه من الضمان حين ادّعىٰ الأجرة.

وعللها في مكان ثالث فقال: هذا فسخ[1]؛ لأن كل مستأجر يجحد الإجارة ويدعي الرقبة فيسقط عن نفسه الأجر، فأما إذا انقضت المدة فيد المستأجر لا تقوم مقام يد المؤاجر، وهو جاحد، فليزمه الضمان إذا تلفت.

وقد قال محمد في الموضع الذي علل المسألة [بأن] قال: ليس لصاحبها أخذها، قال: لو انكسرت أو ضعفت حتىٰ لا يمكن ركوبها ضمن قيمتها مكسورة وعاطبة؛ لأن الرد قد وجب، فتعلق بالجحود الضمان.

وقد قال ابن سماعة عن محمد: في صاحب الدار إذا قال للغاصب: هذه داري فاخرج منها، فإن نزلتها فهي عليك كل شهر بمائة، فجحدها علىٰ حاله، ثم أقام صاحبها بينة بها بعد شهر: فلا أجر له.

قال: وهذا إنما يكون إذا كان الساكن مُقِرًّا فقال له: اخرج منها، فإن لم تخرج فهي إجارة عليك كل شهر بكذا، وهذا صحيح؛ لأن الجاحد لا تقوم يده مقام يد المالك، وإنما يدعي [اليد] لنفسه، والإجارة لم تصح فيما قبل، وإنما يجعل رضاه بالسكنىٰ رضاه بالإجارة، ولا يثبت ذلك مع الجحود.

وليس كذلك إذا كان مقرًا؛ لأنه لما سكن مع الاعتراف بالملك، صار راضيًا بما سمّىٰ من الأجرة.

---

(١) في أ (قبيح).

بَابُ
فسخ الإجارة بالعذر

قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعًا: إذا وقع عقد الإجارة صحيحًا فليس لواحد من المتعاقدين أن يفسخها قبل مضي وقتها إلا من عذر.

وإنما قلنا: إن الإجارة عقد لازم خلاف ما حكي عن شريح؛ لأنه عقد معاوضة يتعلق به اللزوم كالبيع، والدليل على أنها تفسخ بالعذر خلاف ما قاله الشافعي(1)؛ [لأنه](2) لا يمكنه استيفاء المعقود عليه على ما أوجبه العقد، فكان له الفسخ كما لو استأجر [عبدًا فأبق، أو استأجر] رجلاً يقلع ضرسه فسكن وجعه؛ ولأن المؤاجر أحد متعاقدي الإجارة، فجاز أن يثبت الخيار في فسخها بسبب [فلسه](3).

أصله: إذا أفلس المستأجر؛ ولأن إمساك المستأجر مع بقاء العقد [٣٢٢/أ] أحد موجبي العقد، كردها بعد انقضاء العقد، فإذا جاز مخالفة أحد موجبيها بالعذر: وهو أن تنقضي الإجارة وفي الأرض زرع أمسكها المستأجر، كذلك يجوز أن يخالف الموجب الآخر بالعذر، فلا يمسكها مع بقاء العقد(4).

قال: والعذر في المستأجر: [أن يحدث] ما يمنع الانتفاع به أو ينقص

---

(1) انظر: المسألة في الأم ص٦٤٩.

(2) في ب (أنه) والمثبت من أ.

(3) في ب (فاسد) والمثبت من أ.

(4) في أ (الإجارة).

الانتفاع به، وهذا الذي ذكره من نوع العيوب، وليس من نوع العذر، والفسخ به ثابت بالاتفاق، مثل أن ينهدم بيت من الدار أو يسقط(١).

قال: وكذلك لو أراد المستأجر أن ينتقل عن البلد، فله أن ينقض الإجارة في العقار وفي غيره مما لا توجب له الإجارة إخراجه معه؛ وذلك لأنه إذا أراد الانتقال لحقه ضرر بالبقاء على العقد، وليس بمستحق عليه استيفاء المنفعة بالضرر.

وكذلك إذا اكترى حانوتًا لعمل ما، فيدع ذلك العمل أو التجارة وينتقل إلى غيره؛ وذلك لأن الإنسان لا ينتقل من عمل [إلى عمل] إلا لرغبة عنه، فلو أبقينا الإجارة مع انتقاله عن العمل، لم تسلم له المنافع، وإن منعناه عن الانتقال أضررنا به.

وكذلك إن أفلس؛ لأن المفلس لا ينتفع بالدكان، فيلزمه الأجرة من غير أن تسلم له منفعة.

قال: فإن أراد أن ينتقل عنه ليعمل ذلك [العمل في غيره، لم يكن له ذلك، وكذلك إن](٢) وجد أرخص منه أو أوسع عليه (لم يكن له أن يفسخ)(٣)؛ لأن هذا يتمكن من استيفاء المنفعة من غير ضرر، وإنما ينتقل لزيادة المنفعة، وهو قد رضي بالمقدار الموجود منها.

قال: وكذلك ليس للمؤاجر أن يفسخ الإجارة إذا وجد زيادة على الأجرة

(١) انظر: الأصل ٥٥١/٣.

(٢) في ب (أو) والمثبت من أ.

(٣) ساقطة من أ.

التي آجرها بها، وإن كانت أضعافًا؛ وذلك لأنه عقد معاوضة، فالغُبْنُ فيه لا يثبت الخيار؛ ولأنه رضي بمقدار من الأجرة، فيلزمه ما رضي به.

قال: فإن كان ما استأجره لا يصل إلىٰ الانتفاع [به] إلا بأن يستهلك ماله، أو يدخله ضرر في [بدنه][(١)] أو [في] ملكه، فله أن يفسخ الإجارة: مثل أن يستأجر رجلاً ليقصر له ثيابًا، أو يقطعها، أو يخيطها، أو ينقض [له] داره، أو يقطع شجرة أو نخلة، أو يحدث في ملكه شيئًا من بناء أو نِجَارَةٍ، أو حَفْرٍ، أو لِيَحْتَجِمَ، أو لِيَفْصِدَ، أو يَقْلَع ضِرْسًا [له]، أو ليزرع أرضًا، ثم بدا له أن لا يفعل، فله في ذلك أن يفسخ الإجارة، ولا يجبر علىٰ شيء من ذلك؛ وذلك لأن القِصَارَةَ والخِيَاطَةَ نقص عاجل في المال بالقطع والغسل، فله أن يمتنع منه، ونقض الدار وقطع الشجر والنخل إتلاف لماله، فإن كان [٣٢٢/ب] يفعل لغرض، فإذا بدا له فقد زال ذلك الغرض، فلم يجز استهلاك المال من غير غرض[(٢)].

وأما البناء فهو استهلاك للآلة، وإنما يفعل لغرض، فإذا بدا له فقد زال الغرض، وكذلك الحفر إتلاف لجزء من الأرض.

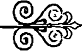
فأما الحَجَامَةُ والفَصْدُ وقَلْعُ الضِّرْس فهو إتلاف لجزء من البدن، [وفعله][(٣)] لغير غرض معصية، فإذا بدا له لم يجز [أن يجبر عليه] لعدم الغرض، وقد قال في المنتقىٰ: إن الحجّام يجبر علىٰ العمل؛ لأنه يمكنه إيفاء العمل من غير ضرر يلحقه، وأما الزراعة فهي إتلاف للبذر؛ فلا يجبر عليها مع كراهته.

---

(١) في ب (يده) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٣/٥٥١.

(٣) في ب (ولعله) والمثبت من أ.

قال: وكذلك إن استأجر إبلاً إلىٰ مكة ثم بدا للمستأجر أن لا يخرج، فله ذلك، ولا يجبر علىٰ السفر؛ لأن في ذلك ضررًا عليه، فلا يلزمه استيفاء المنفعة مع الضرر، وعلىٰ هذا كل من استأجر دابة ليسافر [بها] ثم قعد عن السفر، فله الفسخ.

وكذلك من استأجر دارًا في المصر وخادمًا يخدمه في المصر ثم أراد السفر، فله الفسخ؛ لأن تركه السفر مع العزم عليه فيه ضرر، وتبقية الإجارة مع مفارقة المصر ضرر[1].

وقد قالوا: إن الجمّال إذا قال للحاكم: إن هذا لا يريد أن يترك السفر، وإنما يريد فسخ الإجارة، قال له الحاكم: انتظره، فإن خرج [فقُدْ] الجِمَالَ معه، فإذا فعلت ذلك، فلك الأجر[2].

فإن قال صاحب الدار: هذا لا يريد سفرًا ولكنه يقول ذلك ليفسخ الإجارة، استحلفه بالله أنه يريد السفر الذي عزم عليه؛ لأنه لا يقبل [قوله] في سبب الفسخ إلا مع يمينه.

وقالوا: لو خرج من المصر فراسخ ثم رجع، فقال صاحب الدار: إنما أظهر الخروج لفسخ الإجارة، وقد عاد، استحلفه الحاكم: بالله لقد خرجت قاصداً إلىٰ هذا الموضع الذي ذكرت؛ لأن المؤاجر يدعي أن الفسخ وقع لغير عذر، وعزم المسافر[3] وقصده لا يعلم إلا من جهته، فكان القول قوله مع يمينه.

---

(١) انظر: الأصل ٥٥٢/٣.

(٢) في أ (فإذا فعل ذلك ملك للأجر).

(٣) في أ (المستأجر).

فأما الجمّال إذا بدا له في الخروج، فليس له فسخ الإجارة؛ لأن خروجه مع الجِمَالِ ليس بمستحق [عليه]، فقعوده لا يكون عذرًا، وخروج المستأجر مستحق [عليه] فقعوده يكون عذرًا.

قال محمد: لا يكون للمؤاجر عذر في فسخ الإجارة في الإبل إلا من دَيْنٍ فَادح يلحقه لا يجد قضاءه إلا من ثمن الإبل، وكذلك العَقَار يؤاجره الرجل فلا يكون له عذر في فسخ الإجارة إلا بأن يلحقه دين كما وصفنا؛ وذلك لأن الدين في تبقية الإجارة معه ضرر، ألا ترىٰ أن القاضي يحبسه فلم يلزمه إيفاء المنفعة مع الضرر.

ولا يقال: إن القاضي لا يجوز [٣٢٣/أ] أن يحبسه وهو لا يقدر علىٰ القضاء؛ لأن القاضي لا يصدقه أنه لا مال له غيره.

قال: وإن أراد المؤاجر السفر أو النقلة عن البلد وقد آجر عقارًا له، فليس ذلك بعذر؛ لأن استيفاء منفعة [العقار] مع غيبته لا ضرر عليه فيه.

وقال أبو يوسف: إنْ مرض المؤاجر أو أصاب إبله داءٌ، فله أن يفسخ إذا كانت بعينها، أما إذا أصاب الإبل داء فاستعمالها مع ذلك فيه ضرر علىٰ مالكها لم يستحق بالعقد، فثبت له الفسخ، وكذلك ثبت للمستأجر؛ لأن المنافع تنقص بمرض الإبل، فصار ذلك عيبًا [في المعقود عليه][1].

وأمّا إذا مرض الجمّال فظاهر رواية الأصل يقتضي أن لا يكون عذرًا؛ [وقد ذكر الحسن في إملائه: أنه يكون عذرًا]؛ لأن خروجه مع الجمال ليس بمستحق

(١) في ب (فيها) والمثبت من أ.

[عليه]، فمرضه إنما يمنع خروجه.

وجه هذه الرواية: أن الجَمَّال يقوم على جِماله بنفسه، فإذا مرض لم يقم غيره مقامه إلا بضرر، وليس كذلك إذا بدا له في الخروج؛ لأنه يقدر على الخروج، فإذا ترك ذلك باختياره كان عليه أن يقيم مقامه غيره.

٢٣١١ - فَصْل: [أثر موت المستأجر أو المؤاجر في الإجارة]

قال: فإن مات المستأجر أو المؤاجر بطلت الإجارة، وقد بيّنا هذه المسألة [فيما مضى].

قال الشيخ: وجملة هذا: أن كلَّ من وقع له عقد الإجارة إذا مات بطلت الإجارة، ومن لم يقع له العقد لم يبطل بموته وإن كان عاقدًا؛ وذلك لأن من وقع له العقد إن كان المؤاجر: فإنما اقتضى العقد استيفاء المنافع من ملكه، فلو بقيناه بعد موته استوفيت من ملك غيره، وهذا خلاف مقتضى العقد، وإن كان [ذلك] المستأجر: فإن العقد يقتضي استحقاق الأجرة من ماله، فلو بقيت الإجارة بعد موته استحقت الأجرة من مال غيره، وهذا خلاف مقتضى العقد.

(وليس كذلك العاقد إذا لم يقع العقد له كالوكيل؛ لأن العقد لم يوجب استحقاق المنافع ولا الأجرة من ملكه، فموته لا يغير موجب العقد)[١].

وكذلك الولي في الوقف إذا عقد ثم مات؛ لأن العقد لم يقع له، فموته لا يغير حكمه، وليس هذا كمن زوج أمته ثم مات؛ لأن عقد النكاح لا يقع على المنافع، وإنما يقع على ملك الاستباحة، وذلك يملك بالعقد دفعة، وإنما استوفى

(١) ساقطة من أ.

الزوج ما ملكه [بالعقد]، فلا يتغير موجب العقد بموت المولىٰ.

قال: فإن وقعت الإجارة علىٰ شيء بعينه فهلك، بطلت الإجارة؛ وذلك لأن المعقود عليه تلف، وتلف ما تعين بالعقد يبطل العقد[1].

قال: [فإن وقعت الإجارة علىٰ دوابّ بعينها فحكمها ما بيّنّا]، فإن وقعت الإجارة علىٰ دواب بغير عينها استأجر [٣٢٣/ب] دوابًّا وإبلاً ليحمل عليها هذا المتاع، فالإجارة جائزة، فإن سلَّم إليه دوابًّا قبضها فماتت، فعلىٰ المؤاجر أن يأتيه بغيرها ليحمل المتاع، وليس له أن يفسخ الإجارة بموت ما سلّمه.

والأصل في جواز استئجار إبل بغير عينها: أن المنافع معلومة، فيجوز العقد عليها وإن لم يعين ما يستوفي منه، كما يجوز[2] العقد علىٰ صبغ الثوب وإن لم يشترط عمل الصَّبَّاغ بنفسه؛ ولأن هذا مما يدعو إليه الحاجة، ألا ترىٰ أن المسافر إذا استأجر دابةً بعينها فماتت في الطريق بغير حمولة، فاضطر إلىٰ أن يعقد علىٰ دابة بغير عينها؛ ليلزم الجَمَّال أن يقيم له عوضًا عنها، وإذا دعت الحاجة إليه جاز، فإذا هلك [ما سلّمه إليه] فقد هلك ما لم يقع عليه العقد، ألا ترىٰ أنه وقع علىٰ منافع في الذمة، وإنما سَلَّم العين ليقيم منافعها مقام ما في ذمته، فإذا هلكت بقي ما في ذمته بحاله، فكان عليه أن يعين غيرها.

٢٣١٢ ـ فَصْل: [موت أحد الطرفين قبل انقضاء الإجارة]

قال: وإذا مات أحدهما قبل انقضاء الإجارة وفي الأرض المستأجرة زرع

---

(١) انظر: الأصل ٥٥٣/٣.

(٢) في أ زيادة (لا).




لم يستحصد، فللمستأجر ولورثته أن يَدعوا ذلك في الأرض، ويكون عليهم ما سمي من الأجرة؛ وذلك لأن العقد قد انفسخ بالموت، وفي قلع الزرع ضرر، وأمكن أن[1] يوفى الحقان من غير ضرر، فيبقى الزرع حتى يستحصد، ويحصل المالك الأجرة، وإيفاء الحقين أولى من إسقاط أحدهما.

وقد كان القياس: أن يجب أجر المثل؛ لأن العقد ارتفع، وإنما تستوفى المنافع بحكم العقد، فصار كاستيفائها بعد انقضاء المدة.

واستحسنوا وأوجبوا المسمى؛ لأنه لما وجب تبقية الزرع بعوض، كان إثبات العوض الذي وقع التراضي به أولى.

وأما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع لم يستحصد، ترك إلى بلوغه بأجر المثل؛ لأن الترك[2] لما وجب ولا تسمية في هذه المدة، لم يكن إلا إيجاب القيمة، وليس هذا كما إذا انقضت المدة وفي الأرض غَرْسٌ أو رَطْبَةٌ؛ لأنه لا مدة لانتهائها، فكان في تبقيتها ضرر بالمالك، وأما الزرع فلقطعه غاية فأمكن التبقية من غير ضرر.

٢٣١٣ - فَصْل: [ترك العامل عمله قبل الوفاء بعمله]

قال: وإذا آجر صانع من الصناع أو عامل من العمال لنفسه لعمل أو صناعة ثم قال: قد بدا لي أن أترك هذا العمل وانتقل إلى غيره، قال محمد: ليس له ذلك، ولو كان حجّامًا فقال: قد أنفت من عملي وأريد تركه لم يكن له ذلك،

---

(١) في أ (إيفاء الحقين).

(٢) في أ (البدل).

ويقال له: أوف العمل وانتقل إلىٰ ما شئت من العمل [٣٢٤/أ] ؛ وذلك لأن العقد قد لزمه ، ولا عار عليه فيه ؛ لأنه من أهل تلك الحرفة ، وإنما يريد أن يترفع عنها ، ويقدر علىٰ ذلك بعد انقضاء العمل[١].

قال محمد: وإن كان ذلك العمل ليس من عمله ولا صنعته أسلم نفسه فيها وذلك مما يعاب به ، أو كانت امرأة فآجرت نفسها ظئرًا وهي ممن تعاب بذلك ، فلأهلها أن يخرجوها [من ذلك العمل] ، وكذلك إن أبت هي أن ترضع ؛ وذلك لأن من لم يكن من أهل الصنائع الدنيئة إذا دخل فيها لحقته عارها ، فإذا أراد الترك فهو لا يقدر علىٰ إيفاء المنافع[٢] إلا بضرر.

وكذلك الظئر إذا لم تكن ممن ترضع مثلها ، فلأهلها الفسخ ؛ لأنهم يُعَيَّرُون بذلك ، ألا ترىٰ أنه يقال في المثل: تجوع الحرة ولا تأكل بثديها ، فإذا لم تكن تبقية العقد إلا بضرر الأهل كان لهم أن يفسخوا العقد ، وكذلك إذا أبت هي ؛ لأن العار يلحقها ، فلم تقدر علىٰ تسليم المنفعة إلا بضرر.

ولا يقال فهلَّا كان ذلك كمن زَوَّجَتْ نفسها بغير كُفْءٍ لم يكن لها الفسخ ، وإن ثبت ذلك لأوليائها ؛ لأن النكاح لا ينفسخ إلا للأعذار وقد لزمها العقد ، والإجارة تفسخ بالأعذار وإن لزمت.

قال: فإذا آجر شيئًا اشتراه ثم اطلع علىٰ عيب فله ردّه بالعيب ، وتفسخ الإجارة ؛ لأنه لا يقدر علىٰ البقاء [عليها] إلا بضرر ، وهو التزام البيع المعيب ، وقد قالوا في العبد المستأجر للخدمة إذا كان سارقًا ، فهو عذر في الفسخ ؛ لأن

---

(١) انظر: الأصل ٣/٥٥٠.

(٢) في أ (العمل).




المنافع لا تستوفىٰ إلا بضرر.

وقالوا فيمن اكترىٰ إبلاً إلىٰ مكة ذاهبًا وجائيًا، فمات الجَمَّال في بعض الطريق، فللمستأجر أن يركبها إلىٰ مكة وعليه المسمىٰ؛ [وذلك] لأن في فسخ الإجارَة في الطريق إلحاق الضرر بالمستأجر؛ لأنه لا يجد من يحمله، وإلحاق الضرر بالورثة إذا كانوا غيبًا؛ لأن المنافع تسقط عوضها، فكان في تبقية الإجارة منفعة لهما، فإذا وصل إلىٰ مكة دفعها إلىٰ الحاكم؛ لأنه لا ضرر عليه في فسخ الإجارة في هذه الحال؛ لأنه يقدر أن يستأجر من جمّال آخر، ثم ينظر الحاكم في الأصلح، فإن رأىٰ بيع الجِمَال وحفظ الثمن للورثة فعل ذلك، وإن رأىٰ أيضاً الإجارة إلىٰ الكوفة فعل ذلك؛ لأنه منصوب للاحتياط، وقد يكون الأحوط أحد الأمرين دون الآخر.

قالوا: والأفضل إذا كان المستأجر ثقة أن يمضي القاضي الإجارة، والأفضل إذا كان غير ثقة أن يفسخها، فإن فسخها وقد عَجَّل المستأجر الأجرة سمع القاضي بيّنته عليها، وقضىٰ الأجرة من ثمنها؛ لأن الإجارة [٣٢٤/ب] إذا انفسخت فللمستأجر إمساك العين حتىٰ يستوفي جميع الأجرة، فلم يجز أخذها منه من غير أجرة، ويقام القاضي مقام الغائب، فينصب له خصمًا ويسمع البينة عليه[١].

وقال هشام عن أبي يوسف: في امرأة ولدت يوم النحر قبل أن تطوف، فأبىٰ الجمّال أن يقيم معها، قال: هذا عذر، وأُنقض الإجارة؛ وذلك لأنها لا تقدر علىٰ الخروج مع ترك الطواف، فلا يمكن إلزام الجمّال أن يقيم مدة النفاس؛ لأن

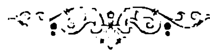
---

(١) انظر: الأصل ٣/٥٥٢.

ذلك قدر لم تجر العادة به ، ففسخت الإجارة لدفع الضرر عنهما ، فإن كانت ولدت قبل ذلك وقد بقي من مدة نفاسها كمدة الحيض أو أقل ، أُجبر الجمَّال على المقام معها ؛ لأن هذه المدة قد جرت العادة بمقام الحاج فيها بعد الفراغ من الحج .

وقال هشام عن محمد: فيمن استأجر أرضًا سنة يزرعها شيئاً ذكره ، فزرعها فأصاب الزرع آفة من بردٍ أو غيره ، فذهبت وقد تأخر وقت زراعة ذلك النوع ، فلا يقدر أن يزرع ، قال: إن أراد أن يزرع شيئًا غيره مما ضرره على الأرض أقل من ضرره أو مثل ذلك فله ذلك ، وإلا فسخت الإجارة وألزمته أجر ما مضى ؛ وذلك لأنه إذا لم يقدر على زراعة النوع الذي قصده ففي تبقية الإجارة ضرر عليه .

قال: وإذا نقص الماء عن الرحا حتى صار يطحن أقل من نصف طحنه فذلك عيب[1] ؛ لأنه لا يقدر على البقاء على العقد إلا بضرر ، وهو نقصان الانتفاع المعتاد .



(١) في أ (عذر).

بَابُ
الصبي يؤاجر الأب أو غيره



قال أبو الحسن: إذا كان للصبي أب فآجره في عملٍ من الأعمال فهو جائز، [وكذلك الجد]، وكذلك وَصيّ الأب ووصي الجد؛ [وذلك] لأن الأب يلي علىٰ الصبي بنفسه كولايته علىٰ نفسه، فإذا ملك أن يؤاجر نفسه فكذلك يملك أن يؤاجر ابنه، ولأن في ذلك منفعة؛ لأنه يجعل منافعه التي ليست بمال مالاً.

قال: ولا يجوز إجارة غيرهم له إذا كان له أحد ممن ذكرنا؛ لأن هؤلاء لهم ولاية عليه، ومن سواهم من أقاربه كالأجانب، فإن لم يكن له أب (ولا جد أب أب)[1]، ولا وصي أب، ولا وصي جد، فآجره ذو رَحِم مَحْرم منه وهو في حجره [جازت الإجارة][2] في قولهم؛ لأنه إذا كان في حجره فله عليه ضرب من الولاية، ألا ترىٰ أنه يُربيه ويؤدبه، وفي إيجاره في الصنعة نوع من التأديب[3].

فإن كان في حجر ذي رَحِم مَحْرم فآجره ذو رَحِم آخر هو إليه أقرب كصبي في حجر عمه وله أم فآجرته الأم، فقال أبو يوسف: يجوز إجارتها، وقال محمد: لا يجوز.

لأبي يوسف: أنه لما جاز أن يؤاجر بالرحم، فمن هو [٣٢٥/أ] أقرب [إليه]

(١) ساقطة من أ.

(٢) في ب (جاز) والمثبت من أ.

(٣) في أ (وفي إجارته في الصنائع ضرب من التأديب).




في الرحم أولىٰ، ألا ترىٰ أنه لما عقد عليه بالأبوة كان الأب أولىٰ من الجد.

لمحمد: أن هؤلاء لا ولاية لهم، وإنما يعقدون إذا كان في حجرهم؛ لِمَا لهم من ولاية التربية، فإذا لم يكن في حجرهم فهم كالأجانب.

قال محمد: وللذي آجره أن يقبض الأجرة؛ لأنه هو الذي تولىٰ العقد، وقبض الأجرة من حقوق العقد.

قال: وليس له أن ينفقها عليه؛ لأنها مال الصبي، فلا يجوز إنفاقها إلا بولاية، وكذلك إذا وهب له هبة فله أن يقبضها، وليس له أن ينفقها علىٰ الصبي؛ لأن في قبض الهبة منفعة للصبي، وهو مأذون في اجتلاب المنافع إليه؛ ولأن الصبي لو قبضها جاز، فقبض من هو في حجره كقبضه، فأما النفقة من ماله فلا تجوز إلا بولاية.

قال: وإذا بلغ الصبي في هذا كله فله الخيار: إن شاء أمضىٰ الإجارة، وإن شاء فسخ؛ وذلك لأن في البقاء علىٰ الإجارَة بعد البلوغ ضررًا عليه، ألا ترىٰ أنه يأنف من خدمة الناس، وقد قال أبو حنيفة: أرأيت لو تفقه فولي القضاء أكنت أتركه يخدم الناس وقد آجره أبوه، فهذا قبيح؛ ولأن المنافع تستوفىٰ من ملكه حالاً فحالاً، فإذا بلغ استوفيت بعقد لم يعقده، فصار كأن الأب عقد عليها ابتداءً بعد البلوغ.

قال: وللأب وللجد ووصيهما إجارة عبد الصغير وعَقَاره؛ وذلك لأن لهم ولاية التصرف في ماله بالبيع، فكذلك بالإجارة، فأما غير هؤلاء ممن هو في حجره فلا يجوز أن يؤاجر عبده؛ لأنه تصرف في المال، فلا يستحق بغير ولاية كبيع المال.

وقال ابن سماعة عن محمد: أستحسن أن يؤاجروا عبده؛ لأنهم يملكون إجارته، ومن وليَ علىٰ الصغير في نفسه، ولي في عبده، وكذلك أستحسن أن ينفقوا عليه ما لا بد له منه؛ لأن في تأخير ذلك ضررًا، ولهم أن يفعلوا ما [يعود نفعه إلىٰ](1) الصغير.

قال: وكذلك أحد الوصيين يملك أن يؤاجر اليتيم في قول أبي حنيفة، وقال في قياس قول أبي حنيفة: ولا يؤاجر عبده، [وقال محمد: يؤاجر عبده].

أما أبو حنيفة فقال: إن لكل واحد من الوصيين التصرف فيما يخشىٰ الضرر بتأخيره، وفي ترك إجارة الصبي ضرر؛ لأنه لا يتأدب، وليس كذلك إجارة عبده.

وأما محمد فقال: من ملك التصرف عليه ملك علىٰ عبده.

قال: وإذا آجر عبده سنة، فلما مضت ستة أشهر أعتقه، فهو بالخيار: إن شاء مضىٰ علىٰ الإجارة، وإن شاء فسخها.

أما جواز العتق: [فلأنه علىٰ ملكه، وعتق المكلف في ملكه جائز؛ ولأن حق المستلم يؤثر في المنع] في التسليم، فلأن العتق لا يقف علىٰ إمكان التسليم [كعتق الآبق]، وأما الخيار: فلأنه ملك نفسه بالحرية بعد تمام العقد في منافعه، فصار [٣٢٥/ب] كالأمة المزوجة إذا أعتقت.

قال: فإن فسخ بطل ما بقي من الإجارة، وكان أجر ما مضىٰ للمولىٰ؛ لأنه عوض منافع استوفيت من ملكه بعقده، وإن مضىٰ علىٰ الإجارة وأجازها، فليس

(١) في ب (عاد ينفع علىٰ) والمثبت أ.




له بعد ذلك أن ينقضها[1]؛ وذلك لأنه كان بالخيار بين فسخ العقد و[بين] إمضائه، فإن اختار العقد سقط الفسخ، فلم يعد إلا بسبب آخر، وأجر ما بقي من المدة للعبد؛ لأنه بدل منافع على ملكه.

(قال: وليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة المولى؛ وذلك لأن القبض من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلق بالعاقد)[2]، وإن كان المولى قبض الأجرة [سلفًا] ثم أعتق العبد فاختار المضي على الإجارة، فالأجرة كلها للمولى؛ وذلك لأنه ملكها بالتعجيل، وثبت حق الفسخ للعبد، فإذا لم يفسخ استحقت الأجرة على الوجه الذي اقتضاه [العقد][3].

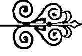
قال: وإن كان المولى أذن للعبد أن يؤاجر نفسه سنة، فآجرها ثم أعتقه بعدما مضى ستة أشهر، فالعبد بالخيار، وهذا والأول سواء؛ (لأن عقده بإذن المولى كعقد المولى، إلا أن الذي يقبض الأجرة من المستأجر العبد؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد)[4].

٢٣١٤ - فَصْل: [المكاتب آجر عبده ثم عجز]

ولو آجر المكاتب عبده ثم عجز، فالإجارة باقية عند أبي يوسف، وقال محمد: انتقضت، فلو استأجر عبدًا ثم عجز، بطلت الإجارة في القولين.

لأبي يوسف: أن [كسب][5] المكاتب موقوف عليه وعلى مولاه، وهو

(١) في أ (يفسخها).
(٢) في أ هنا عبارة (جاز العقد عليها بإجازته نصًا، كمن آجر عبد غيره فأجاز الملك العقد).
(٣) في ب (القبض) والمثبت من أ.
(٤) ساقطة من أ.
(٥) في ب (اكتساب) والمثبت من أ.

أخص بالتصرف فيه مع بقاء الكتابة، فإذا عجز استقر ملك المولىٰ فيه، فكان ملك المكاتب [إذا] استقر بالعتق؛ ولأن المكاتب استفاد التصرف بأمر المولىٰ.

فإذا عجز مَلَك المولىٰ كسبه، والعقد عليه بأمره، فكأنه أذن له [إجارة ملكه، وليس كذلك إذا استأجر لأنه أذن له] في أن يستأجر بأجرة من كسبه، وقد فات الكسب، فلم يجز أن يستحق الأجرة من مال المولىٰ.

لمحمد: أن المولىٰ يستحق كسب المكاتب لبطلان تصرفه بالعجز، كاستحقاق الوارث مال الميت لبطلان تصرفه بالموت، فتبطل الإجارة.



بَابُ
إجارة الظئر



قال في الأصل: في جواز إجارة الظئر[1] قوله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وهذا مذكور في المطلقة؛ ولأن النبي ﷺ استرضعت له حليمة السعدية فأرضعته في بني سعد[2]، وبُعث والناس علىٰ ذلك فأقرهم عليه؛ ولأن الناس يفعلون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير.

وقد اختلف أصحابنا المتأخرون في حكم هذا العقد، فمنهم من قال: إن العقد [٣٢٦/أ] يقع علىٰ المنافع: وهي خدمة الصبي والقيام به، واللبن [يدخل] علىٰ طريق التبع؛ [لأن اللبن عين من الأعيان، والأعيان لا تستحق بعقد الإجارة إلا علىٰ وجه التبع] كالصبغ، ومنهم من قال: إن العقد يقع علىٰ اللبن، والخدمة تبع؛ بدلالة أنها لو أرضعته بلبن شاة لم تستحق الأجر وإن حصلت الخدمة. وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لا يمتنع أن يقع العقد علىٰ خدمة[3] مخصوصة: وهي خدمة الرضاع، فإذا أرضعته بلبن الشاة لم توجد المنافع علىٰ الصفة المشروطة، هذا [كالصباغ] إذا [أصبغ الثوب][4] لونًا غير المشروط.

---

(١) الظِّئْر ـ بهمزة ساكنة ـ: «الحاضنة والحاضن أيضًا»، كما في المغرب؛ وفي المعجم الوجيز: «الظِئْر: المرضعة لغير ولدها، ويطلق علىٰ زوجها أيضًا، والجمع: أظْآر». (الظئر).

(٢) انظر: الإصابة في تمييز الصحابة ٢/٩٧؛ الاستيعاب ٤/١٧٣٩؛ البدر المنير ٨/٢٨٣.

(٣) في أ (وجه).

(٤) في ب (إذا صبغه)، والمثبت من أ.




وقد نص محمد على الطريقة الأولى فقال مستدلاً على أن لبن الآدمية لا يجوز بيعه: أن الإجارة تقع عليه، فلو كان له قيمة لم تستحق بالإجارة، فلما استحق دل على أن العقد وقع على الخدمة واللبن تبع، ألا ترى أن لبن الشاة لما كان مقومًا لم يجز استئجارها للشرب ولا للرضاع.

وقد ذكر أن استئجار الزوجة على رضاع ولدها لا يجوز، وكذلك المطلقة الرجعية، فأما المبتوتة فقال: يجوز استئجارها، وقال الحسن: لا يجوز.

قال: ويجوز استئجار الزوجة لترضع ولده من غيرها، وقد بيَّنَّا هذه الفصول في باب الرضاع، وقد قالوا: إن الأب لو استأجر الأم لإرضاع ابنها من مال الولد وللولد مال، جاز؛ وذلك لأن المانع من استئجارها أنها مستحقة للنفقة عليه، وأجرة الرضاع تجري مجرى النفقة، فلا تستحقها من وجهين، فإذا [كان] العقد يقع للصغير ولا نفقة [لها] عليه، جاز استئجارها كالأجنبية، روى هذه المسألة ابن رستم عن محمد(١).

قال: وإن استأجر لولده من ذوات الرَحِم المَحْرَمِ الآتي [لها] لبن حضانة جاز؛ وذلك لأنه لا نفقة لَهُنَّ على الأب، ولا يلزمهن خدمة البيت كالأجانب.

قال: وإذا استؤجرت الظئر فيبغي أن تستأجر على وقت معلوم، وما جاز في استئجار العبد للخدمة جاز في الظئر، وما بطل في ذلك بطل في الظئر، إلا أن أبا حنيفة استحسن في الظئر [أن يستأجرها] بطعامها وكسوتها، وإن لم يوصف من ذلك شيء، ويكون لها الوَسَط [من ذلك]، وهي تجري مجرى النفقة من وجه(٢).

---

(١) انظر: المسألة: الأصل ٣/٤٦٠.

(٢) انظر: الأصل ٣/٤٥٧.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز، وبه قال الشافعي[1].

وجه القياس: أنه بدل عن [المنفعة]، فلم يصح مع الجهالة كالبدل في سائر الإجارات.

وجه الاستحسان قوله تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وهذا مذكور في المطلقات؛ [وذلك لا يكون إلا علىٰ وجه الأجرة، ولهذا جعله علىٰ الوارث بقوله:] ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾، ولأنها نفقة يجبر عليها الأب لتربية الولد، فجاز أن يكون طعامًا غير [٣٢٦/ب] موصوف كنفقة الولد؛ ولأن الإجارة نوع عقد يقصد به المنفعة، فجاز أن يكون سببًا لاستحقاق طعام وكسوة غير موصوف كالنكاح والمضاربة، وعكسه البيع؛ ولأن الظئر من جملة أهل البيت، فيستنكف الناس من تقدير ما تأكل كما يستنكفون من تقدير ذلك [للأهل]، فدعت الحاجة إلىٰ جوازه غير مقدر.

وإنما ثبت لها الوسط منه؛ لأن البدل إذا ثبت في الذمة مطلقًا وجب الوسط منه كالمهر والدية.

قال: وليس لها أن تؤاجر نفسها من غير الأولين؛ وذلك لأنها في حكم الأجير الخاص، ومن استؤجر[2] للخدمة، لم يجز أن يخدم غيره.

قال: والذي يجب عليها بعقدة الإجارة: الرضاع، والقيام بأمر الصبي فيما يصلحه من رضاعه، وغسل ثيابه، وما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن فهو

(١) انظر: المهذب ٣/٥٢٥.
(٢) في أ (ومن استأجر رجلاً ليخدمه، لم يكن له أن يخدم غيره).

علىٰ الظئر، وطعام الصبي علىٰ أهله، وعليها أن [تهيئه][1]؛ وذلك لأن العقد [إنما وقع] علىٰ القيام [بأمر الصبي][2]، وذلك إنما يكون: بإرضاعه، وطبخ طعامه، وغسل ثيابه، فكان ذلك عليها، وإنما جعل الدهن والريحان عليها والطعام عليهم؛ لأن المعاملة في بلده[3] كانت كذلك، وقد قالوا في توابع العقود التي لا تشترط: إن المرجع فيها إلىٰ عادة كل بلد[4].

وعلىٰ هذا قالوا فيمن استأجر رجلاً ليضرب له لَبِنًا أن الزنبيل والملبن علىٰ صاحب اللِّبِن؛ لأن العادة هكذا جرت عندهم، وإذا كانت [العادة] في بلد آخر بخلاف ذلك حُمِل علىٰ العادة.

وقد قالوا في الخياط: إن السلوك[5] عليه؛ لأن العادة بذلك جرت، وقالوا في الدقيق الذي يصلح به الحَائِكُ الثَّوْبَ: إنه علىٰ صاحب الثوب.

قالوا: وإن كان أهل بلد يعملون غير ذلك، فهو علىٰ ما يتعاملون به، وقالوا فيمن استؤجر علىٰ حفر قبر: إنّ حثي التراب عليه إن كان أهل تلك البلاد يتعاملون به، وتشريح اللِّبِن علىٰ اللَّبَّان، وإخراج الخُبْزِ من التَّنُّورِ علىٰ الخَبَّاز؛ لأن هذا من تمام العمل.

وقالوا في الطَّبَّاخ إذا استؤجر في عُرْسٍ[6]: [إن إخراج المَرَقَة من القدر][7]

---

(١) في ب (توضيه) والمثبت من أ.
(٢) في ب (بالصبي) والمثبت من أ.
(٣) في أ (الكوفة).
(٤) انظر: الأصل ٣/٤٥٨.
(٥) السِّلْكُ: الخيط الذي يخاط به. انظر: المغرب؛ المعجم الوجيز (سلك).
(٦) «العُرْسُ: الزِّفاف والتزويج، والجمع: أعراس». المعجم الوجيز (عرس).
(٧) في ب (فإخراج المرق) والمثبت من أ.

عليه ، وإن طبخ قِدْرًا خاصة ففرغ منها ، فله الأجر ، وليس عليه من إخراج المرق شيء ، وهذا مبني على العادة .

وقالوا في رجل تكارى دابة يحمل عليها حنطة إلى منزله ، فلما انتهى إليه أراد ربها أن يحمل المكاري ذلك ، فيدخله منزله فأبى المكاري ، قال أبو حنيفة : عليه ما يفعله الناس ويتعاملون عليه ، فإن أراد أن يصعد بها إلى السطح والغرفة ، فليس ذلك عليه ؛ إلا أن يكون اشترطه ، ولو كان حمالاً على ظهره فعليه إدخال ذلك ، وليس عليه [٣٢٧/أ] أن يصعد به إلى علو البيت إلا أن يشرط .

وإذا تكارى دابة فالإكاف على صاحب الدابة ، فأما الحبال والجوالق فعلى ما تعارفه أهل [تلك] الصنعة ، وكذلك اللِّجام .

وأما السرج فعلى رَبِّ الدَّابَّة ، إلا أن تكون سُنَّة البلد بخلاف ذلك ، فيكون على سنتهم ، فقد بنو[١] هذه المسائل على التوابع التي لا تشترط ، يرجع فيها إلى العادة .

قال : وليس لهم أن يحبسوا الظئر في منزلهم إذا لم يشترطوا ذلك عليها ، ولها أن تأخذه[٢] إلى منزلها ؛ لأنهم استحقوا عليها العمل ، ولم يستحقوا العمل في مكان مخصوص .

قال : وهي مؤتمنة فيه وفيما عليه من كسوة أو حلي ، فإن سرق منه شيء لم تضمن ؛ لأنها أجير خاص ، فلا تضمن إلا لمخالفة ، فأما الثياب والحلي فقد

---

(١) في أ (بينوا بهذه المسائل) .

(٢) في أ (أن تذهب) .




حصل في يدها بأمر مالكه من غير تمليك ولا وثيقة[1].

قال: وليس للظئر ولا للمسترضع أن تفسخ الإجارة إلا من عذر؛ لما بيَّنَّا أن عقد الإجارة لازم لا يفسخ إلا بعيب أو عذر.

قال: والعذر لأهل الصبي أن لا يأخذ الصبي من لبنها، أو يكون تَقَيّاً من لبنها؛ لأنه إذا لم يأخذ لم تُسَلَّم المنفعة المقصودة [للصبي]، وكذلك إذا تقيأ؛ لأنه يستضر به، وإذا حبلت فهو عذر؛ لأن لبن الحامل يضر بالصبي، أو تكون سارقة؛ لأنهم يخافون علىٰ متاعهم ويستضرون بالبقاء علىٰ العقد، أو تكون فاجرة بينة الفجور؛ لأنها تتشاغل بالفجور عن حفظ الصبي، وإن أرادوا سفرًا بصَبِيِّهم فأبت أن تخرج معهم فهذا عذر؛ لأنا لو ألزمناهم ترك السفر أضررنا بهم، قال: فإن مَرِضَتْ فلها أن تفسخ ولهم أن يخرجوها؛ لأن الصبي يستضر بلبن المريضة، وهي تستضر بالإرضاع، فثبت الفسخ لهما.

قال: وللزوج أن يخرجها من الرضاع إن لم يكن سلم الإجارة، فمن أصحابنا من قال: هذا علىٰ وجهين:

إن [كان] ممن يشتبه أن ترضع زوجته فله الفسخ؛ لأنها تلحق به ضرر، وإن كان ممن لا يشتبه ذلك، لم يكن له الفسخ؛ لأنه عقد علىٰ منافع بضعها، ولم يعقد علىٰ منافع بدنها.

ومن أصحابنا من قال: له الفسخ في الوجهين؛ لأنها إن أرضعت [الصبي] في بيتهم فله منعها من الخروج من منزله، وإن أرضعت في بيتها فله أن يمنعها

(١) انظر: الأصل ٣/٤٥٧.




من إدخال الصبي إلىٰ بيته.

قال: وإن كانوا يؤذونها بألسنتهم كفّوا عنها، فإن لم يكفوا كان لها أن تخرج؛ لأن الأذية ظلم فوجب عليهم تركه، وإن لم يكفوا [عنها] لم تقدر علىٰ البقاء علىٰ العقد إلا بضرر، فثبت لها الفسخ.

قال: وليس يحل لهم أن يمنعوا زوجها من غشائها مخافة الحبل؛ وذلك لأن الوطء حق للزوج، فلا يجوز المنع منه[١].

قال: وكل ما يضر بالصبي [٣٢٧/ب] فلهم أن يمنعو [ها منه؛ لأن][٢] من ذلك نقص في الرضاعة، وإن أرضعته بلبنها أو لبن غيرها فلها الأجر كاملاً؛ لأن عمل غيرها يقع لها، فكأنها هي المرضعة، فإن أرضعته بلبن شاة، أو غذته بطعام حتىٰ مضت المدة فلا أجر لها؛ لأن المستحق عليها بالعقد ما يسمىٰ رضاعًا، فإذا فعلت ما ليس من جنسه لم تستحق العوض.

قال: وليس للرجل أن يجبر المرأة علىٰ رضاع ولدها بائنة كانت أو غير بائنة لقوله تعالىٰ: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]؛ ولأن الرضاع مؤنة للصبي كالنفقة.

قال: وإن استأجر [خادم امرأته علىٰ رضاع ولدها][٣] فخادمها بمنزلتها، ما جاز فيها جاز في خادمها، وما لم يجز فيها لم يجز في خادمها؛ لأنها هي المستحقة لمنفعة خادمها، فصار كمنفعتها.

---

(١) انظر: الأصل ٤٥٨/٣.

(٢) في ب (منه) والمثبت من أ.

(٣) في ب (علىٰ رضاع خادم أمة) والمثبت من أ.

فإن [استأجر][(١)] مكاتبتها جاز بكل حال؛ لأنها لا تملك منافع المكاتبة، فهي كالأجنبية، وأما مدبرتها [كأمتها؛ لأنها][(٢)] تملك منافعها.

قال: وإذا استأجر الأب الظئر لولده وأبت أمه أن تأخذه فقالت: ترضعه الظئر عندي، قيل للأب: استأجر للصبي من ترضعه عندها؛ لأن الحضانة حق لها، فلم يكن[(٣)] للأب إسقاط حقها، وإذا كانت الظئر من ذوات الرَحِمِ المَحْرَمِ اللاتي لهن الحضانة [لا تعرف إلا بالإرضاع][(٤)]، فإن أرادت أن تدع الرضاع، فهذا عذر لها لما بينا أنه يلحقها بالبقاء على العقد شَيْن[(٥)].

قال: وإن أخذت الظئر صبيًا آخر فأرضعته مع الأول، فقد أساءت وأثمت إن كانت قد أضرَّت بالصبي، ولها الأجر على الأولين والآخرين جميعًا؛ وذلك لأنها إذا أرضعت [بلبنها] صبيين أضرت بأحدهما لنقصان اللبن، وقد استحق عليها كمال الرضاع، وإنما استحقت الأجرة؛ لأنها فعلت ما يتناوله الاسم.

قال: فإن استأجرت ظئرًا أخرى فأرضعته، فلها الأجر استحسانًا.

وجه القياس: أن العقد وقع على عملها، ومن استأجر أجيرًا يعمل بنفسه، لم يجز أن يقيم غيره مقامه.

وجه الاستحسان: أن عمل الظئر الثانية يقع للأولى، فكأنها هي التي عملت.

---

(١) في ب (كانت) والمثبت من أ.
(٢) في ب (فإنها) والمثبت من أ.
(٣) في أ (يملكها).
(٤) في ب (لا تعود بالرضاع) والمثبت من أ.
(٥) انظر: الأصل ٣/٤٦٠.




قال: وإذا التقط الرجل لقيطًا استأجر له ظئرًا، فالأجر عليه، وهو متطوع؛ وذلك لأنه لا ولاية له عليه، فلا يملك إيجاب الدين في ذمته.

ورضاع اليتيم على من يجب عليه نفقته لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]؛ ولأنه مؤنة الصغير كنفقته، فإن [كان] اليتيم لا وارث له، ولم يتطوع عليه أحد بشيء، فرضاعه على بيت المال؛ لأنه من المسلمين، فنفقته في بيت المال إذا لم يكن له من يقوم بنفقته(١).

فإن مات الظئر انتقضت الإجارة؛ لأن المعقود عليه تلف، وإن مات [٣٢٨/أ] الصبي انتقضت؛ لأنه لا يمكن استيفاء المنفعة.



(١) انظر: الأصل ٤٥٦/٣ وما بعدها.




بَابُ
الاستصناع



قال أبو الحسن: الاستصناع[1] ما شرط في العقد عينه، وعمله على الصانع، فكأنه جعله عقدًا على مبيع في الذمة شرط فيه العمل.

ومن أصحابنا من قال: إنه عقد على مبيع في الذمة.

والصحيح ما قاله أبو الحسن؛ لأن العمل مشروط في العقد كما شرط في الإجارة، فكان مقصودًا به؛ ولأن العقود تختلف أسماؤها لاختلاف معانيها، فلما انفرد هذا العقد باسم انفرد بمعنى، وما ذلك المعنى الذي ينفرد به إلا أنه عقد على العين والعمل.

واحتج من قال بالقول الآخر: إن [الصانع][2] لو أحضر عينًا عملها قبل العقد جاز، ولو اقتضى العقد العمل لم يجز إلا على عمل مستقبل كالإجارة. وهذا ليس بصحيح؛ لأنه إذا أحضر عينًا فرضي بها المستصنع فليست التي وقع عليها العقد، ولكن جاز التمليك بتراضيهما.

وقد كان القياس أن لا يجوز؛ لأنه عقد على مبيع في الذمة في غير السَّلَم، كما [لو لم يشترط][3] فيه العمل، وقد نهى النبي ﷺ (عن بيع ما ليس عند

(١) الاستصناع: طلب صنع الشيء.
(٢) في ب (المانع) والمثبت من أ.
(٣) في ب (لو شرط) والمثبت من أ.

الإنسان)[1]، وإنما استحسنوا؛ لأن الناس يعملون ذلك[2] في سائر الأعصار من غير نكير، وقال ﷺ: «**ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيئةً فهو عند الله سيئة**»[3]؛ ولأن هذا العقد أخذ شَبَهًا من عقدين جائزين، فهو جائز، أحدهما: السَّلَم؛ لأنه عقد على مبيع في الذمة، والآخر: الإجارة؛ لأنه شرط فيه العمل، وما أخذ شَبَهًا من أصلين جائزين فهو جائز، [كالكتابة والهبة بشرط العوض][4].

وقد قالوا: إنّ الاستصناع يجوز فيما جرت [به] العادة أن يستصنعه الناس كالقلنسوة والخف والآنية؛ لأنا جوّزنا ذلك لفعل الناس، فجاز ما اعتادوه؛ ولهذا لم يجز [استصناع الثياب عند الحاكة][5]؛ لأن العادة لم تجر بذلك.

وقالوا: إن العقد ليس بلازم فيه، ولكل واحد منهما أن يمتنع منه؛ لأن القياس يقتضي فساده، وإذا فسد لم يلزم[6]، وإنما استحسنوا في جوازه لعمل الناس، فبقي اللزوم على أصل القياس، فإذا أحضر الصانع العين على الصنعة المشروطة، فللمستصنع الخيار عند أبي حنيفة ومحمد.

(١) أخرجه أبو داود بلفظ (عندك) (٣٥٠٤)؛ والترمذي (١٣٣٤)، وقال: «حديث حسن صحيح»؛ والنسائي في (المجتبى) (٤٦١١)؛ وابن ماجه (٢١٨٨)، وغيرهم.

(٢) في أ (تعاملوا به).

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك ٨٣/٣؛ والطبراني في الكبير ١١٢/٩؛ وأورده ابن حجر في الدراية وقال: «لم أجده مرفوعًا، وأخرجه أحمد موقوفًا على ابن مسعود بإسناد حسن، وكذلك أخرجه البزار والطيالسي والطبراني...» ١٨٧/٢.

(٤) زيدت من أ.

(٥) في ب (الاستصناع في الباب) والمثبت من أ.

(٦) في أ (لم يجز).

وقال أبو يوسف: يأخذه ولا خيار لهما.

لهما: أن الخيار كان ثابتًا لهما، فلما أحضر الصانع العين، [فقد] أسقط خياره، فبقي خيار الآخر بحاله كالبيع المشروط فيه خيار للمتبايعين إذا أسقط أحدهما خياره.

لأبي يوسف: أنه عقد على مبيع في الذمة، فلا يثبت فيه خيار الرؤية كالسَّلَم [٣٢٨/ب].

قال أبو يوسف: ولأن الصانع أفسد متاعه، وقطع جلده، فإذا جاء بالعمل على الصفة المشروطة، لم يكن للآخر الامتناع من أخذه والإضرار به.

قال: وليس كذلك إذا قطع الجلد ولم يعمل بعد، فقال المستصنع: لا أريده؛ لأنا لا[1] نعلم أن العقد يقع على الصفة المشروطة؛ [فلذلك][2] جاز الفسخ.

وقال في الأصل: للصانع أن يبيعه قبل أن يراه المستصنع لما بيّنا أن العقد ليس بلازم، فإذا رآه ورضيه فليس له أن يبيعه؛ لأن العقد تمّ بإسقاط الخيار.

قال أبو يوسف: فإن باعه الصانع وأراد المستصنع أن ينقض البيع فليس له ذلك؛ لأن الخيار عنده قائم ما لم يحضره، فإذا استهلكه قبل ذلك، صار كالبائع إذا استهلك المبيع.

قال: فإن ضرب للاستصناع أجلاً، فهو بمنزلة السَّلَم عند أبي حنيفة، يحتاج أن يقبض بدله في المجلس ولا خيار لواحد منهما إذا أسلم ما شرط عليه

---

(١) في أ (نعلم).

(٢) في ب (وكذلك) والمثبت من أ.

علىٰ صفته.

وقال أبو يوسف ومحمد: ليس بِسَلَمٍ.

لأبي حنيفة: أنه جاء بمعنىٰ السَّلَم، وهو المبيع في الذمة مع الأجل، ومعنىٰ العقد كعبارة العقد [وصريحه]، أصله: إذا عقد البيع بلفظ التمليك؛ ولأن الأجل يذكر لتأخير المطالبة، وذلك لا يكون إلا في عقد يجب فيه المطالبة، وما ذاك إلا السلم؛ ولأنه إذا استصنع ما لا يجوز استصناعه وشرط [فيه] الأجل كان سلمًا بلا خلاف لوجود معنىٰ السلم، فكذلك ما يجوز استصناعه.

وجه قولهما: أن الأجل يذكر لتعجيل العمل، ولا يقصد السلم، فلم يجز إخراج العقد عن موضوعه بالاحتمال(١).

٢٣١٥ - فَصْل: [الإجارة الموقوفة]

[قال]: ولم يذكر أبو الحسن حكم الإجارة الموقوفة، والإجارة عندنا تقف [علىٰ] الإجازة كما تقف علىٰ البيع والنكاح؛ لأنهما عقد له مجيز حال وقوعه.

فأما كيفية الإجازة: فإن أجاز العقد قبل العمل جاز، وكانت الأجرة للمالك؛ لأن العقد جاز بإجازته، فصار كأنه عقد ابتداءً بأمره، وأما إذا أجازه بعد استيفاء المنفعة لم يجز بإجازته، وكانت الأجرة للعاقد؛ وذلك لأن الإجازة تلحق بالعقد إذا كان يصح الابتداء به عند الإجازة، [ولا يجوز ابتداء العقد علىٰ منافع قد عُدِمت، فلم يجز أن يلحقها الإجازة](٢).

(١) انظر: الأصل ٣/٤٣٤ وما بعدها.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب، وزيدت من أ.




وقد قالوا فيمن غصب عبدًا فآجره سنة للخدمة، فعمل بعض المدة، وفي رجل آجر غلامًا أو داراً، ثم أقام رجل البينة أنه له، وقال: قد أجزت ما آجرت، قال: [إن] كانت انقضت الإجارة، فالأجر للغاصب، وإن كان في نصف المدة فالأجر الماضي والباقي لرب الغلام في قول أبي يوسف.

وقال محمد: أجر ما مضىٰ للغاصب وأجر ما بقي للمَقْضيِّ له.

لأبي يوسف: [٣٢٩/أ] أنه إذا بقي بعض المدة فلم يبطل العقد لبقاء المعقود عليه، فجاز أن يلحقه الإجازة كالابتداء.

لمحمد: أن كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدًا مبتدأً، فما مضىٰ من المنفعة كعقد استوفىٰ [منافعه]، فلا تلحقه الإجازة.

وقد قال محمد: فيمن غصب أرضاً فآجرها للزراعة، فأجاز صاحب الأرض الإجارة، فأجرة ما مضىٰ للغاصب وأجرة ما بقي للمالك، وهذا علىٰ ما قدمنا.

قال: فإن أعطاها مزارعة فأجازها [صاحب الأرض] جازت، وإن كان الزرع قد سَنْبَلَ ما لم يسمن، ولا شيء للغاصب من الزرع؛ لأن المزارعة لا ينفرد بعضها[١] عن بعض، [فكانت كالشيء الواحد][٢]، فإذا أجاز العقد قبل الاستيفاء، فكأنه [أجازه][٣] ابتداءً، وأما إذا سمن الزرع فقد انقضىٰ عمل المزارعة، فلم يلحق العقد إجازة.

آخر كتاب الإجازات

(١) في أ (لا ينفرد بعض عملها).
(٢) في ب (وكانت كشيء واحد).
(٣) في ب (آجره) والمثبت من أ.

[٥٣] كتاب الشركة

قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: الأصل في جواز الشركة[1] ما روي أن أسامة بن شريك جاء إلىٰ النبي ﷺ فقال: أتعرفني؟ فقال: «**وكيف لا أعرفك وقد كنت شريكي، نعم الشريك، لا يداري ولا يماري**»[2]، ولأنه عليه السلام بُعث والناس يشتركون فلم ينكر ذلك [عليهم]، وهذا فعل المسلمين من لدن رسول الله ﷺ إلىٰ يومنا هذا [من غير نكير].

والشركة علىٰ ضربين: شركة أملاك، وشركة عقود.

فشركة الأملاك علىٰ ضربين: أحدهما: ما كان بفعلهما، مثل أن يشتريا أو يستوهبا أو يوصىٰ لهما فيقبلا، والآخر: بغير فعلهما، مثل أن يرثا.

وكلا الفصلين حكمهما واحد: وهو أنّ كل واحد منهما كالأجنبي في نصيب صاحبه، لا يجوز له التصرف فيه إلا بإذنه.

وأما شركة العقود فهي علىٰ أربعة أقسام: مُفَاوَضَة، وعِنَان، وشركة صَنَائِع وتسمىٰ بشركة الأَبْدَان، وشركة وُجُوْه.

فأما المفاوضة: فقد قيل: إن اشتقاقها من التفويض؛ لأن كل واحد منهما

---

(١) الشركة في اللغة: هو الخلط، وفي الشرع: عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح». الجوهرة ص٣٦٧. وقيل: هي اجتماع شخصين فأكثر في استحقاق وتصرف.

(٢) أخرجه المقدسي في المختارة، ٩/٣٩٧؛ والنسائي في الكبرىٰ، ٦/٨٦؛ و«رواه أبو داود وغيره بعضه، وله طريق تأتي في البر، رواه أحمد والطبراني في الكبير، ورجاله رجال الصحيح» كما في مجمع الزوائد، ١/٩٤.

فوّض إلى الآخر التصرف على كل حال، وقيل إنها مشتقة من المساواة، ومنه قول الشاعر:

لا يصلُحُ الناسُ فَوضىٰ ولا سَرَاةَ لهم ❊ ولا سَـــرَاةَ إذا جُهَّـــالُهم ســـادُوا[1]

فلما كانت المفاوضة تقتضي التساوي في المال والتصرف والضمان؛ سميت بذلك[2].

وقد قال أصحابنا: إنها عقد جائز، وقال مالك: لا أعرفها[3]، وقال الشافعي: عقد فاسد.

فأما قول مالك: لا أعرفها؛ فإن كان لا يعرف الاسم فقد بيّنا اشتقاقه في اللغة، وإن كان لا يعرف الحكم فالدليل على جوازه قوله عليه الصلاة [٣٢٩/ب] والسلام: «**تفاوضوا فإنه أعظم للبركة**»[4]، ولأن المفاوضة تشتمل على الوكالة والكَفَالة، وكل واحد منهما يجوز على الانفراد، فإذا اشتملت عليها الشركة جازت، ألا ترىٰ أن الوكالة لما جازت على الانفراد واشتملت العِنَان عليها جاز،

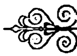
---

(١) البيت لأفوه الأودي، كما في الشعر والشعراء لابن قتيبة ٢٢٣/١.

(٢) المفاوضة لغة: المساواة والانتشار، وشرعًا: «هي ما تَضَمَّنت وكالة وكفالة، وتساويا مالاً وتصرفًا ودينًا». انظر: المصباح: التعريفات (شرك)؛ المبسوط ١٥٢/١١.

(٣) قال ابن جزي: «أجاز مالك شركة العنان والمفاوضة»، والظاهر أن الخلاف في صورة المفاوضة: فأبو حنيفة جعل المفاوضة في جميع ما يملكانه من ذهب وفضة، ولا يصح زيادة مال أحدهما في المفاوضة، ويرىٰ مالك بجواز الزيادة في مال أحدهما دون صاحبه. انظر: مختصر المزني ١٠٩؛ المهذب ٣٣٦/٣؛ قوانين الأحكام الشرعية ص٣١٠، ٣١١؛ رحمة الأمة ص١٣٢؛ مختصر القدوري ص٢٤٦.

(٤) قال ابن حجر: «حديث فاوضوا... لم أجده، وروىٰ ابن ماجه من حديث صهيب رفعه: (ثلاث فيهن البركة، البيع إلى أجل، والمفاوضة...)». الدراية، ١٤٤/٢. انظر: نصب الراية، ٤٧٥/٣.




ولأن العقود على ضربين: شركة وغير شركة، فإذا جاز أن يشترط في غير الشركة التساوي في المال المعقود عليه؛ جاز أن يشرط في الشركة.

وقول الشافعي: إنها ضرب من القِمَار، فليس بكلام علينا، إنما ظن أنا نقول بقول [سفيان] الثوري، وهو أن ما ورث أحد المتفاوضين بينه وبين شريكه، ولسنا نقول بذلك(١).

٢٣١٦ ـ فَصْل: [شركة العنان]

وأما شركة العِنَان فاشتقاقها من قولهم: عَنَّ له الشيء، إذا ظهر. [وقال امرؤ] القيس:

فعَنَّ لنا سِرْبٌ [كأنّ نِعاجَه](٢) ❁ عَذارىٰ دَوَارٍ في مُلاءٍ مُذَيَّل(٣)

فلما جعل كل واحد من الشريكين للآخر أن [يشتري](٤) فيما يعن له ويظهر؛ سميت الشركة عِنانًا.

وقد قيل: إنها مأخوذة من عِنان الدابة؛ لأن الفارس يمسكه بإحدىٰ يديه ويتصرف بالأخرىٰ فيما شاء، وكذلك شريك العنان يشارك في بعض ماله ويتصرف في بقية ماله كما يشاء.

وقد قال أبو عاصم النبيل: العِنان كلمة تطرّف بها أهل الكوفة ليس لها أصل في اللغة.

---

(١) انظر: الأصل ٣/٦٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٢٤٣ وما بعدها.
(٢) في ب (لهن لعاجر) والمثبت من أ.
(٣) ذكره ابن قتيبة في الشعر والشعراء ١/١٠٥.
(٤) في ب (يشترك) والمثبت من أ.

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن يعقوب ذكر في شركة العِنان في الإصلاح ، ولأنّا بيّنا اشتقاقها.

وقال النابغة:

وشـــاركْنا قُريشًـــا فـــي تُقاهـــا ❊ وفـــي أحســـابها شِـــرك العِنـــانِ[1]

والدليل على جوازها أنها مشتملة على الوكالة ، والوكالة جائزة[2] ، ولأن الناس يعدونها في سائر الأعصار من غير نكير ، [فهو إجماع][3].

٢٣١٧ ـ فَصْـل: [شركة الصنائع]

وأما شركة الصنائع[4] ، فكالقَصَّارِين والصَّبَّاغِين والخَيَّاطِين إذا اشتركوا على أن يتقبلوا الأعمال جاز ذلك عندنا ، وإنما سميت شركة الأبدان ؛ لأنها تقع على العمل بالبدن ، وهي شركة جائزة عندنا ، وقال الشافعي: لا تجوز[5].

لنا: أن الناس يعقدونها في سائر الأعصار من غير نكير ؛ ولأنه نوع شركة تنفرد باسم خاص له موضوع ، فكان فيه ما هو جائز كشركة العِنان[6].

---

(١) البيت للنابغة الجعدي كما في الصحاح (عنن).

(٢) شركة العِنان: أن يشترك اثنان في شيء خاص معلوم «دون سائر أموالهما ، كأنّه عَنَّ لهما شيء فاشترياه مشتركين فيه». المغرب ؛ الصحاح (عنن).

(٣) انظر: الأصل ٤/٤٩ ؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٢٤٦ وما بعدها.

(٤) شركة الصنائع ، وتسمّى: شركة الأعمال أيضًا: «وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يتقبلوا نوعًا معينًا من العمل أو أكثر ، أو غير معين لكنه عام ، وأن تكون الأجرة بينهم بنسبة معلومة ، وذلك كالخياطة ، والصباغة ، والبناء ، وغير ذلك». معجم المصطلحات الاقتصادية ، ص ٢٠٣.

(٥) انظر: المهذب ٣/٣٣٥.

(٦) انظر: الأصل ٤/٥٠ ، ٥١.




٢٣١٨ - فَصْل: [شركة الوجوه]

وأما شركة الوجوه: فهو أن يشترك الرجلان ولا مال لهما على أن يشتريا ويبيعا، فما ربحا كان بينهما(١)، وإنما سميت شركة الوجوه؛ لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجه عند الناس، وهو عقد جائز عندنا، وقال الشافعي: لا تجوز(٢).

لنا: أن الناس يعقدونها في سائر الأعصار من غير نكير؛ ولأنها شركة تنفرد باسم خاص كشركة العنان(٣).

٢٣١٩ - فَصْل: [وجوه استحقاق الربح في الشركة]

والربح عندنا في الشركة [٣٣٠/أ] يستحق: إما بالمال، أو بالعمل، أو بالضمان، ولا يستحق بغير ذلك، بدلالة أن من قال لرجل: تصرف في مالك على أن لي بعض ربحه لم يجز؛ لأنه ليس له مال ولا ضمان ولا عمل.

والدليل على أن المال والعمل يستحق بكل واحد منهما الربح: أن المضاربة أجمعوا على جوازها، ورب المال يستحق الربح فيها بماله، والمضارب بعمله.

وأما الدليل على استحقاق الربح بالضمان، (فنهيه ﷺ عن ربح ما لم يضمن)(٤)، وفي هذا تنبيه أن ما يضمن(٥) يطيب [له] ربحه؛ ولأن الحَمَّال إذا

---

(١) شركة الوجوه: «وتسمّى: شركة المفاليس: وهو أن يشترك الرجلان بغير رأس مال، على أن يشتريا بالنسيئة ويبيعا، وسميت بهذا الاسم على معنى أن رأس مالهما وجههما...». المبسوط ١٥٢/١١.

(٢) انظر: المهذب ٣٣٦/٣؛ رحمة الأمة ص ١٣٢.

(٣) انظر: الأصل ٥٠/٤؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٤٩/٣.

(٤) أخرجه الربيع في مسنده، ٣٥٠/١؛ والطبراني في مسند الشاميين، ٧٨/٤؛ وقال ابن حجر: «صححه ابن حبان والحاكم والنسائي من طريق عطاء...». الدراية، ١٥١/٢.

(٥) في أ (ضمّن).

تقبل عملاً [وتقبل عنه أجراؤه][1] بأقل من ذلك طاب له الفضل، وإنما استحقه بالضمان.

قال أبو الحسن: الشركة تكون على ثلاثة وجوه: شركة بالمال، وشركة بالأعمال، وشركة بالوجوه، وفي كل وجه منها شركة العنان ومفاوضة.

فأما المال: فيصحّ فيه الأمران بلا شبهة.

وأما العمل والوجه: فإذا شرط فيهما الكفالة صارت [شركة] مفاوضة؛ لأنها اشتملت على الوكالة والكفالة والتساوي فيما وقعت فيه[2] الشركة[3].

٢٣٢٠ـ فَصْـل: [شرط المال في الشركة]

قال: والشركة بالأموال لا تكون إلا بمال حاضر [عندنا] عِنانًا كانت [الشركة] أو مُفاوضةً، ولا تصح بمال غائب ولا دَيْنٍ، هذا قول أصحابنا جميعًا؛ وذلك لأن الشركة من شرطها أن تقع على جنس الأثمان، ولا تتم إلا في عين كالصرف، ولأنها تقف على القبض، فلا تصح في دين ولا مال غائب كالقرض.

ومعنى قول أبي الحسن: إن الشركة لا تصح بمالٍ غائبٍ ولا دين: [إنما] يعني بذلك عند الشراء، وليس يعني به عند العقد؛ لأنه إذا لم يوجد ذلك عند العقد جاز.

[ألا ترى أنهم] قالوا: لو دفع رجل إلى رجل ألف درهم فقال: أخرج مثلها

---

(١) في ب (ونقله) والمثبت من أ.

(٢) في أ (عليه).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٢٥٢.

واشتر بهما وبع، [فما][1] ربحت كان بيننا، فأقام البينة أنه أخرج ألفًا واشترىٰ بهما جاز، ولم يوجد المال العين من الجهتين عند العقد [وإنما وجد عند الشراء، وجوّزوا الشركة؛ وذلك لأن الشركة لا تتم إلا بالشراء، فاعتبر وجود المال] في الحال التي يتمّ العقد فيها[2].

٢٣٢١ـ فَصْـل: [الأموال التي تَصِحُّ بها الشَّرِكة]

قال: الأموال التي تصح بها عقود الشركة: الدراهم والدنانير، فهي في قولهم جميعًا، وقال أبو يوسف ومحمد: وتصح بالفلوس أيضًا.

أما الدراهم والدنانير فتجوز الشركة فيها بالإجماع؛ ولأنها تقع علىٰ وجه يصح التوكيل فيها[3]، ألا ترىٰ أن رجلاً لو قال لرجل: اشترِ بألف من مالك علىٰ أن ما تشتريه بيننا، وأنا أشتري بألف من مالي علىٰ أن ما أشتريه بيننا جاز ذلك، والشركة تنعقد علىٰ الوكالة.

٢٣٢٢ـ فَصْـل: [الشركة بالجنسين]

وقد قال أصحابنا إلا زفر: إذا كان لأحدهما دراهم ولآخر دنانير جازت الشركة.

وقال زفر: لا تجوز، وهو قول الشافعي[4].

لنا: أن الوكالة تصح علىٰ الوجه الذي تضمنته الشركة، ألا ترىٰ أن من قال

(١) في ب (فإن) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٥٣/٤، ٦٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٥٦/٣.

(٣) في أ (به).

(٤) انظر: مختصر المزني ص١٠٩؛ المهذب ٣٣٢/٣.




لرجل: اشتر بألفك متاعًا [٣٣٠/ب] علىٰ أنه بيننا، وأنا أشتري بمائة دينار متاعًا علىٰ أنه بيننا، جاز ذلك، وهذا مقتضىٰ الشركة، ولأن ما جاز في الوكالة المنفردة فجوازه في الشركة أولىٰ.

[ألا ترىٰ] أن الوكالة بشراء المجهول لا تصح، والشركة تقتضي توكيلاً بمجهول [ويصح]، ولأنه عقد يختص بالأثمان، فجاز علىٰ دراهم من أحد العاقدين ودنانير من آخر، كالصرف.

وجه قول زفر: [أنّ] الشركة بالجنسين تؤدي إلىٰ جهالة الربح؛ لأن رأس المال يستوفىٰ بالقيمة، فصار كالشركة بالعروض، وهذا ليس بصحيح؛ لأنه يمكن أن يستوفي كل واحد منهما مثل رأس المال بعينه من غير قيمة، فلا يؤدي ذلك إلىٰ الجهالة.

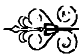
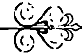
وعلىٰ هذا قال أصحابنا: إذا كان دراهم أحدهما بيضاء و[دراهم] الآخر سوداء أو غلة، جازت الشركة، وقال زفر: لا تجوز.

لنا: أن الناس في سائر الأعصار يشتركون بالأموال وإن اختلفت صفتها، ألا ترىٰ أنه يكون في مال أحد الشريكين من المكسرة أكثر مما في مال الآخر بيسير[١]، ولا يمنع ذلك مانع؛ ولأن التوكيل يجوز فيها علىٰ الوجه [الذي] اقتضته الشركة.

٢٣٢٣ ـ فَصْل: [الخلط في مال الشركة]

وهذا نوع علىٰ أن الخلط ليس بشرط في صحة الشركة عندنا، [وقال زفر:

(١) في أ (بكثير).

لا تصح الشركة إلا بخلط المال خلطًا لا يتميز أحدهما عن الآخر، وهذا قول الشافعي[(١)]، وروي عن زفر أنه قال: الخلط] شرط في المفاوضة، وليس بشرط في العِنان.

لنا: أن الخلط سبب إذا حصل في ملك الغير أوجب الضمان، فلا يكون من شرط [صحة] الشركة كالاستهلاك، ولأن التوكيل يجوز في المالين وإن لم يختلطا، والشركة تشتمل على التوكيل [فيجوز].

وجه قول زفر: أن الشركة مأخوذة من الاختلاط، وذلك لا يكون مع تمييز المالين، ولأنهما ما لم يختلطا فما هلك من كل واحد من المالين هلك من [ماله خاصة][(٢)]، والشركة تقتضي أن يكون الهلاك من مالهما، وهذا ليس بصحيح.

أما قوله: إن الشركة مأخوذة من الاختلاط فصحيح، إلا أنها من اختلاط الربح، وذلك موجود وإن اشترى[(٣)] بمال كل واحد منهما على حدة؛ لأن الزيادة تحدث على الشركة.

وإنما قوله: إن ما يهلك يكون من نصيب أحدهما [خاصة]؛ فلأن الشركة لا تتم إلا بالشراء، فإذا اشتريا تمت الشركة، فصار الهلاك من كل واحد من المالين من مالهما جميعًا، فما كان قبل تمام الشركة لا يعتبر.

وأما الذي روى الحسن عن زفر: أنه فرّق في الخلط[(٤)] بين المفاوضة

---

(١) انظر: المهذب ٣/٣٣٣.
(٢) في ب (من مال صاحبه) والمثبت من أ.
(٣) في أ (اشتريا).
(٤) في أ (المخالطة).




والعِنان؛ لأن المفاوضة من شرطها المساواة، فإذا لم [يختلطا][1] جاز أن يزيد أحد المالين على الآخر، وإذا خلطا كانت الزيادة في المالين، فلم تفسد الشركة، وأما العِنان فلا يفسدها زيادة أحد المالين، فلم يعتبر فيها الخلط [٣٣١/أ]، وقد ذكر الطحاوي عن زفر: أنه اعتبر الخلط في الفصلين[2].

٢٣٢٤ ـ فَصل: [الشركة بالتبر]

وأما الشركة بالتبر فقد جعل التبر في الشركة كالعروض، وجعله في الصرف كالأثمان؛ لأنه قال: إذا اشترى به فهلك لم ينفسخ العقد، وهذا على حسب عادة الناس في التعامل، فإن تعاملوا به فهو كالأثمان، فتصح الشركة فيه، وإن لم يتعاملوا به فهو كالعروض.

وأما الفلوس، فالمشهور عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الشركة والمضاربة لا تجوز بها.

وقال محمد: إذا كانت نافقة جاز، وذكر أبو الحسن: أبا يوسف مع محمد معًا.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن المضاربة بالفلوس جائزة.

قال: وقال أبو يوسف: تجوز الشركة بالفلوس، ولا تجوز المضاربة بها.

وجه [قولهما] المشهور: أن الفلوس تارة تكون ثمنًا، وتارة تكون مبيعًا، فصارت كالحنطة.

---

(١) في ب (يختلط) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٦٣/٤، ٢٧٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٥٨/٣.




لمحمد: أنها إذا كانت نافقة فهي ثمن، فصارت كالدراهم والدنانير.

وأما فرق أبي يوسف بين الشركة والمضاربة؛ فلأنهما إذا اشتركا بالفلوس فكسدت لم يؤدِّ ذلك إلىٰ جهالة الربح؛ لأن رأس المال ينقسم علىٰ عددها عند الشراء بها، فيصير المال كله بينهما علىٰ [تلك الأجزاء](١).

أما المضاربة، فلا بد من [ارتجاع](٢) رأس المال، فإذا كسدت أخذ رأس المال بالقيمة، وذلك مجهول فلم يصح.

٢٣٢٥ ـ فَصْل: [الشركة بالمكيلات والموزونات والمعدودات]

وأما الشركة بالمكيلات والموزونات ـ التي ليست بأثمان ـ والمعدودات فلا تجوز قبل الخلط في قولهم؛ لأنها متعينة بالعقد كالعروض، ولأن التوكيل لا يصح فيها علىٰ عموم الأحوال، ألا ترىٰ أنه لو قال: بع حنطتك [علىٰ] أن ثمنها بيننا لم تجز، والشركة تقتضي الوكالة بالتصرف في جميع الأحوال، فأما إذا خلط المكيل وهو من جنس واحد، فقال أبو يوسف: لا تصح الشركة فيه، وإنما صار شركة أملاك [واختلاط].

وقال محمد: صَحَّت الشركة بالخلط.

ويظهر الخلاف بينهما: إذا كان المكيل نصفين، وقد شرطا أن يكون الربح أثلاثًا، فخلطاه واشتريا [به].

قال أبو يوسف: الربح علىٰ قدر المالين، وقال: محمد: علىٰ ما شرطا.

(١) في ب (ذلك أجزاء) والمثبت من أ.
(٢) في أ (استرجاع).

لأبي يوسف: أن العروض تارة تكون ثمنًا، وتارة تكون مبيعًا كالفلوس؛ ولأن الشركة لا تقع فيها إلا وهي عين، وهي [مع التعيين] في هذه الحالة ليست بثمن، فجواز أن تكون ثمنًا في حال أخرىٰ لا يعتبر كالفلوس الكاسدة؛ ولأن حال المكيل بعد الخلط أبعد منه قبله؛ بدلالة أن الحنطة والشعير قبل أن يختلطا يجوز أن يكون [٣٣١/ب] كل واحد منهما ثمناً، فإذا اختلطا لم يجز ذلك، فإذا لم تجز الشركة في مسألتنا قبل الخلط فبعده أولىٰ.

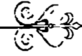
لمحمد: أن الوكالة التي تقتضيها الشركة تَصِحُّ فيها، وهي مما تكون ثمنًا بحال، فصارت كالدراهم والدنانير، وليس [كذلك] قبل الخلط؛ لأن الوكالة التي تقتضيها الشركة لا تصح فيها، ولا يلزم العروض؛ لأنها ليست بثمن بحال[1].

٢٣٢٦ - **فَصْل: [الشركة بالعروض]**

وأما الشركة بالعروض فلا تجوز عندنا، وقال مالك: تجوز[2].

لنا: أن التوكيلات فيها علىٰ الوجه الذي تضمنته الشركة لا يصح، ألا ترىٰ أن من قال لغيره: بع عرضك علىٰ أن ثمنه بيننا، لم يجز، فإذا لم تجز الوكالة لم تنعقد الشركة، ولأن الشركة فيها يؤدي إلىٰ جهالة [الربح] عند القسمة، ألا ترىٰ أن رأس المال قيمتها، وذلك يعلم بالحزر والظن، وعقد الشركة المقصود منه مراعىٰ، فما أدىٰ إلىٰ جهالة الربح في الثاني يعتبر حال العقد[3].

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٥٨/٣.
(٢) انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص٣١٠.
(٣) انظر: الأصل ٦٢/٤؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٥٩/٣.




٢٣٢٧ ـ فَصْـل: [الربح في شركة الوجوه]

قال أبو الحسن: وأما شركة الوجوه: فأن يشتركا علىٰ أن يشتريا بوجوههما علىٰ أن ما اشتريا بينهما نصفين، أو أثلاثًا، أو أرباعًا ويبيعا ذلك، فما كان فيه من ربح فعلىٰ قدر أملاكهما فيما اشتريا، والوضعية علىٰ ذلك.

وقد بيّنا جواز هذه الشركة، فأما كون الربح علىٰ قدر المشتري؛ فلأن الربح يستحق بالضمان، والذي ضمنه كل واحد منهما من الثمن مقدار ما شرط له من المبيع، فما زاد علىٰ ذلك لا ضمان له فيه، فلا يستحق ربحه(١).

٢٣٢٨ ـ فَصْـل: [اختلاف الأعمال في شركة الصَّنائع]

قال: وأما الشركة بالأعمال كالصُّنَّاع والعُمَّال يشتركون في ذلك، فيشترك الصَبَّاغَان والخَيَّاطَان والقَصَّارَان علىٰ أن يتقبلا الأعمال ليعملا بها علىٰ أن ما رزق الله تعالىٰ فهو بيننا، وقد بيّنا ذلك.

قال: وسواء اختلفت أعمالهما أو اتفقت، وقال زفر: لا يصح إذا اختلفت الأعمال.

لنا: أن كل واحد منهما إنما استحق الربح بالضمان، فإذا وَكَّلَ شريكه أن يتقبل لهما فالعمل مضمون عليهما، والربح يستحق بالضمان؛ ولأن الشركة تجوز عندنا علىٰ الملك المختلف، فكذلك علىٰ العمل المختلف، [فهو بناء عليه](٢).

وعند زفر: الشركة في المال المختلف لا تجوز، فكذلك في العمل المختلف.

---

(١) انظر: مختصر القدوري (مع الترجيح والتصحيح) ص٢٤٨.

(٢) انظر: المصدر السابق نفسه.




بَابُ
شركة المفاوضة



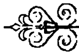
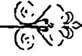
ـ ومعناها: الاختلاط والاستواء ـ.

قال أبو الحسن: إذا تفاوض الرجلان بالمال واشتركا فيه شركة مفاوضة، فشرط صحتها: [أن تكون] في جميع التجارات، ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه، وأن يكون ما يلزم أحدهما من حقوق ما يتجران فيه لازمًا [٣٣٢/أ] للآخر، وما يجب لكل واحد منهما يجب للآخر، ويكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل [له]، وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه، ويتساويان مع ذلك في رؤوس الأموال في قدرها وفي قيمتها، ويتساويان في الربح، وإن تفاوتا في شيء من ذلك لم تكن مفاوضة وكانت عِنانًا.

قال: والأصل في هذا ما بيّنا: أن المفاوضة مأخوذة من المساواة، فلا بد من التساوي في المال الذي تقع [عليه] الشركة، ولا يكون لأحدهما مال تصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة؛ لأن أحدهما متى انفرد بمال تصح فيه الشركة دون الآخر زال معنى التساوي[1].

فإن تفاضلا في الأموال التي لا تصح الشركة فيها: مثل العروض، والعقارات، جازت الشركة؛ لأن ذلك مما لا تنعقد الشركة عليه، والتفاضل فيه لا يمنع صحتها، كالتفاضل في الزوجات والأولاد.

(١) انظر: مختصر القدوري (مع الترجيح والتصحيح) ص٢٤٦.

وكذلك إذا كان لأحدهما ديون ؛ لأن الدين لا تصح الشركة فيه ، فالتفاضل فيه لا يمنع صحتها.

وأما اشتمالهما على الوكالة في جميع التجارات ؛ فلأنها تنعقد عامة في التجارات ، وما دخل في الشركة فكل واحد منهما وكيل فيه ، وكل واحد منهما كفيل عن الآخر فيما يلزمه من الحقوق ما يتجران فيه ؛ لأن المفاوضة قد انفردت باسم عن العِنان ، فلا بد أن تنفرد بمعنى.

ولا يجوز أن يكون ذلك المعنى العموم ؛ لأن العِنان يجوز أن تنعقد على كل التجارات ، فلم يبق إلا أن يكون اختصت بالكفالة ، وإنما كان كُلُّ واحدٍ [منهما] وكيلاً للآخر فيما وجب له وعليه ؛ لأن تصرف كل واحد منهما أجري مجرى تصرف الآخر ، فكأَنَّ كل واحد منهما تولى العقد.

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أن المفاوضة لا تصح إذا كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير ؛ لأن المساواة فيها تعلم بالظن والحزر ، والمشهور عنه جواز ذلك ؛ لأنهما من جنس الأثمان.

وأما إذا كان لأحدهما ألف بيض وللآخر ألف سُود ، وبينهما فضل قيمة في الصرف ، لم تصح المفاوضة في الرواية المشهورة ؛ لأن أحد المالين يزيد على الآخر في القيمة ، فصار كزيادة [في] الوزن.

وروى إسماعيل بن حماد عن أبي يوسف: أن أحد الألفين إذا كان أفضل من الآخر جاز ، وكانت مفاوضة ؛ لأن الجودة إذا لاقت جنسها فيما يثبت فيه الربا لا قيمة لها ، فكأنهما على صفة واحدة ، وأما إذا تفاوضا [والمال




متساويان][1] ثم زاد أحد المالين على الآخر قبل الشراء [٣٣٢/ب] فإن المفاوضة منتقضة، وهذا يتصور في الشركة بالدراهم والدنانير إذا تساوت قيمتهما في حال العقد واختلفت بعده؛ لأن عقد الشركة يقف تمامه على الشراء، فما وجد قبل الشراء كالموجود في حال العقد، ألا ترى أن تمام البيع لما وقف على القبض كان هلاك المعقود عليه قبل القبض كعدمه في الابتداء.

قال محمد: وكذلك إن اشترى بأحد المالين وزاد الآخر؛ وذلك لأن الشركة لم تتم [فيما][2] يشتريه، فصار كأن الزيادة قد حصلت في الابتداء، فإن زاد المال المشترى [به] في قيمته فالمفاوضة بحالها؛ وذلك لأن هذه الزيادة تحدث على ملكهما؛ لأنهما ربحا في المال المشترى، فلا يفضل أحدهما على الآخر.

قال محمد: القياس إذا اشترى بأحد المالين قبل صاحبه أن تنتقض المفاوضة؛ لأن الألف الذي اشترى به[3] على ملك صاحبه، وقد ملك نصف ما اشترى له الآخر، فصار ماله أكثر، فانتقضت المفاوضة؛ إلا أنهم استحسنوا فقالوا: لا تبطل؛ لأن الذي اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن دينًا فلم يفضل في المال.

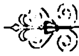
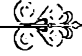
وكل موضع عدم شرط من شروط المفاوضة ـ وذلك الشرط لا يعتبر في شركة العِنان ـ فالشركة عِنان؛ وذلك لأنهما أتيا بمعنى العِنان وعَبَّرا عنها بالمفاوضة، ولا معتبر بالعبارة؛ لأن فقد هذا الشرط يبطل ما يقف صحته على

---

(١) في ب (والحال متساوي) والمثبت من أ.

(٢) في ب (ما لم) والمثبت من أ.

(٣) في أ (الألف التي لم يشتر بها).

وجوده والذي تقف عليه المفاوضة، وأما [شركة العنان][(١)] فلا تقف عليه، فصارا شريكين غير مفاوضة، فكان عِنانًا.

وأما التساوي في الربح، فلأنّ التفاضل إذا وجد فيه أدّىٰ إلىٰ بطلان المفاوضة لزيادة مال أحدهما علىٰ الآخر، فإن ورث أحد المفاوضين مالاً عينًا تصح فيه الشركة مثل الدراهم والدنانير والفلوس، وصار ذلك في يده، بطلت المفاوضة وصارت عِنانًا؛ لأن العقود التي المقصود فيها مراعاة ما يطرأ عليها كالموجود في الابتداء.

وإن ورث عروضًا أو ديونًا لم تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون؛ لأنه فاضله[(٢)] فيما لا تصح الشركة فيه، فصار كالابتداء.

وقال الحسن عن أبي حنيفة: لا تصح الشركة إلا بلفظ المفاوضة، وقال أبو الحسن: وهو [عندي قول] أبي يوسف ومحمد.

وكان أصحابنا يقولون في وجه ذلك: إن العامة لا يقفون علىٰ شروط المفاوضة، فإذا لم يتلفظوا به لم تصح؛ لعدم معناها.

وأما إذا كان العاقد لها يقدر علىٰ استيفاء معناها، صَحَّتْ وإن لم يذكر المفاوضة؛ لأن العقود [عندنا] لا تعتبر بألفاظها [٣٣٣/أ]، وإنما تعتبر معانيها.

وتفسير شركة العنان: قال أبو الحسن: شركة العنان أن تكون في جميع التجارات أو بعضها، لما بيّنا أنه ليس من شرطها العموم، فيجوز أن تنعقد خاصة

(١) في ب (العنان الشركة) والمثبت من أ.
(٢) في أ (تفاضل).




وعامة، كالوكالة.

قال: وما لزم أحدهما في تجارتهما من ثمن بيع تولاه أو [أجرة] أجير استأجره، وكل مداينة وليها [أحدهما] أو دين أَقَرَّ به، فهو لازم له خاصة دون شريكه؛ وذلك لأنها لا تتضمن الكفالة، وإنما تتضمن الوكالة، وما يجب على الوكيل بتصرفه لا يطالب به الموكِّل.

قال: وله أن يرجع على صاحبه بما يخصه من ذلك إذا كان ذلك معروفًا؛ لأن كل واحد منهما وكيل عن الآخر، وما يلزم الوكيل بحكم [الموكل] رجع على الموكل به، فإن كان لا يعرف ذلك لم يصدق على شريكه إذا أنكر ذلك؛ لأنه ادَّعى دينًا عليه لا يعلم سببه إلا بقوله.

قال: ويستحلف؛ لأنه ادعى عليه [دينًا]، فالقول قوله مع يمينه.

قال: ولا يكون أحدهما خصمًا عن الآخر، ولا وكيلاً عنه بعقد الشركة؛ وذلك لأن كل واحد منهما وكيل للآخر في الشراء والبيع، والموكل لا يكون خصمًا عن وكيله.

قال: ولا بأس أن يتفاضلا في رأس المال، ويتساويا في الربح، وهذه المسألة مذكورة في الباب الذي يلي هذا(١).



(١) انظر: الأصل ٦٢/٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٤٣/٣ وما بعدها.

بَابُ
شركة العنان



قال أبو الحسن: إذا اشترك الرجلان ورأس مالهما جميعًا دراهم أو دنانير، أو جاء أحدهما بدراهم والآخر بدنانير يتساويان في ذلك أو يتفاضلان، فاشتركا بذلك على أن يبيعا ويشتريا على أن ما رزق الله تعالى من ذلك بينهما على قسمة [المال][1]، ولم يقولا مفاوضة، فذلك جائز، وهي شركة عنان؛ وذلك لأن الشركة إنما تكون مفاوضة بلفظ المفاوضة، أو بذكر معانيها ولم يأتيا بذلك، فكانت الشركة عِنانًا.

قال: ولا بأس أن يشترط أحدهما [للآخر] فضلاً عن ربح ماله إذا كانا شَرَطا أن يعملا بالمال جميعًا.

وقال زفر والشافعي: لا يجوز أن يشرط لأحدهما أكثر من ربح ماله[2].

لنا: أن الشركة [تستحق الربح فيها بالعمل والمال بدلالة المضاربة، فإذا اشتركا ومالهما متفاضل وتساويا في الربح، فقد شرط لأحدهما زيادة ربح لأجل عمله وذلك جائز؛ ولأن الربح إذا جاز أن يستحق] بالمال على الانفراد [وبالعمل على الانفراد]، جاز أن يستحق بهما في حالة واحدة، كشريك العنان إذا أخذ

(١) في ب (ما) والمثبت من أ.

(٢) انظر: المهذب ٣/٣٣٣، ٣٣٥.




مالاً مضاربة وأذن له في خلطه [بماله](١)، وليس هذا كالمشتركين في الماشية إذا شرطا لأحدهما(٢) فضلاً في أولادها وألبانها؛ لأن نماء الحيوان المشترك لا يجوز أن يستحق إلا [بالملك](٣)، وربح المال يجوز أن يستحق بغير [الملك] بدلالة المضاربة.

وجه قول زفر: أن هذه الشركة لو صَحّت لاستحق الشريك [٣٣٣/ب] زيادة ربح بعمله في المال المشترك؛ وذلك لا يجوز، كما لا يستحق [الأجرة] بعمله فيه، وهذا ليس بصحيح؛ لأن حكم الربح لا يعتبر بالأجرة، ألا ترىٰ أنه لو اعتبر بها لوجب أن يشترط مدة معلومة، وعملاً معلومًا، فلما لم يعتبر ذلك في استحقاق الربح ـ وإن اعتبر ذلك في استحقاق الأجرة ـ دل علىٰ اختلافهما.

فإن قيل: إن هذا العقد فيه معنىٰ المضاربة عندكم؛ لأن تقديره كأنّ أحدهما قال: اعمل في مالي وربحه لي، وأعمل في مالك وربحه بيننا، ومن شرط المضاربة: أن تبطل إذا شرط عمل رب المال فيها، وقد جوّزتم هذه الشركة وإن شرطا عملهما.

والجواب: أن المضاربة أمانة، وتمام الأمانة يقف علىٰ التخلية بين الأمين وبينها كالوديعة، فإذا شرطا عمل رب المال لم توجد التخلية، فلم تصح، وأما الشركة: فكل واحد منهما أمين في المال، [فشرط عملهما لا يبطل](٤) معنىٰ الأمانة، كالمودعين والمضاربين لرجل واحد إذا أذن لهما في أن يشتركا،

(١) في ب (بها) والمثبت من أ.
(٢) في أ زيادة (للآخر).
(٣) في ب (بالمال) والمثبت من أ.
(٤) في ب (لم توجد) والمثبت من أ.

[فتصرف] كل واحد منهما قائم مقام [تصرف] رب المال، وشرط عمله لا يفسد المضاربة.

فإذا ثبت هذا قال أصحابنا: إذا شرط عملهما استحقا الربح على ما شرطا، وإن عمل أحدهما؛ لأن معنى قولنا: إن الربح يستحق بالعمل، ليس المراد به وجود العمل، وإنما المراد به شرط العمل، ألا ترى أن المضارب لو استعان برب المال فعمل، استحق الربح؛ لأن العمل مشروط عليه وإن لم يعمل، فكذلك في مسألتنا.

وإن شرطا العمل على الذي شرط له فضل الربح جاز؛ لأنه عامل في ماله فربحه له، وعامل في مال شريكه ببعض ربحه، والربح يستحق بالعمل، [فأما إذا شرطا الفضل لأَقَلِّهما عملاً][(١)] خاصةً لم يصح؛ وذلك لأنه شرط [فضل الربح] عن مال بغير عمل ولا ضمان، والربح لا يُستحق إلا بمال أو عمل أو ضمان[(٢)].

٢٣٢٩ - فَصْل: [رأس مال الشركة]

وإن اشتركا ورأس مالهما شيء من المكيل أو الموزون جنسًا واحدًا وَقَدْرًا واحدًا وصفةً واحدة، لم تجز الشركة عندهم جميعًا.

وقد بيّنا هذه المسألة، وبيّنا حكمها إذا اختلطا، والخلاف بين أبي يوسف ومحمد.

---

(١) ما بين القوسين (فأما إذا شرطا التخلية فلم يصح، وأما الشركة فكل واحد منهما أمين في المال، فشرط عملهما يبطل العمل على أقلهما ربحًا) تكرار لعبارة سابقة قبل أسطر، وزيادة مقحمة في غير موضعها، وعبارة أ سائغة.

(٢) انظر: الأصل ٤/٦٤ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٢٤٦ وما بعدها.




فأما إذا اشتركا ولأحدهما حنطة وللآخر شعير لم تجز الشركة ؛ لأن الجنس الواحد لا تصح الشركة فيه قبل الخلط ، فالجنسان أولىٰ .

فأما إذا خلطا لم تصح الشركة في قولهم جميعًا ؛ لأن الحنطة إذا خلطت بالشعير [٣٣٤/أ] خرجت من أن تكون ثمنًا ، ألا ترىٰ أن مستهلكها يلزمه قيمتها ، ولا يلزمه مثلها .

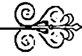
٢٣٣٠ ـ فَصل: [الربح علىٰ قدر رأس المال]

قال أبو يوسف في الشركة بالحنطة إذا خلطاها ، وقال أبو يوسف ومحمد: في الشركة بالعروض ، وبالحنطة [والشعير] إذا اشتركا فيها: فلكل واحد منهما ما اشتريا قدر قيمة متاعه ، فإن كانت القيمة سواء فهو نصفان ، وإن كانت مختلطة[1] فعلىٰ حساب ذلك .

وقال محمد في الإملاء: إذا اشتركا فيما لا يجوز فيه الشركة ، فاشتريا بذلك متاعًا ثم باعاه ، ثم أرادا القسمة ، فإن كانت الشركة بعروض أو بشيء لا يكال ولا يوزن ولا يباع عددًا ، فرؤوس أموالهما قيمة ذلك يوم اشتريا ، والربح بينهما علىٰ قدر ذلك .

وقال في كتاب الشركة في الأصل: إذا كان رأس المال شيئًا مما يكال أو يوزن أو يُعَدُّ فاشتريا به متاعًا علىٰ أن لكل واحد منهما بحصة ماله ، ونقدا ذلك ثم باعا ذلك بدراهم ، أو كان رأس المال عروضًا فاشتريا متاعًا ثم باعاه بألف درهم ، فإنما يقتسمان الدراهم علىٰ قيمة العروض يوم اشتريا ، وإن كان مما يكال

(١) في أ (مختلفة).




أو يوزن أو يعد، أخذ كل واحد منهما قدر رأس ماله يوم يقتسمان.

وقال بشر عن أبي يوسف: فيما لم تجز الشركة[1] عليه إذا ابتاعا به عبدًا فهو بينهما على قدر قيمة متاع كل واحد منهما.

فحصل من هذا، أن الشركة إذا وقعت بما لا مثل له اعتبر قيمته يوم الشراء؛ لأنه انتقل إلى العين، وصار رأس مال بالشراء، ولا يجوز أن يثبت مثله في المال؛ لأنه لا مثل له فيثبت قيمته، وأما المكيل والموزون والمعدود والذي لا يتفاوت فيثبت مثله في المال.

وإذا باعا ما اشتريا بالدراهم صار ذلك دينًا فيها، فوجب استرجاعه من المال.

وقد [طعن بعض][2] أصحابنا على قول محمد في الأصل: إنه يعتبر قيمته يوم القسمة؛ لأن الكيل صار دينًا في المال، فإذا باعا المال بالدراهم فكأنما باعا مكيلاً مشتركًا، فيقسم الثمن على قدر ذلك عند البيع.

والذي قال محمد عند القسمة فمحمول على أن القيمة لم تتفاوت فيما بين حال البيع وحال القسمة[3].

٢٣٣١ - فَصْل: [ضياع مال أحد الشريكين قبل الخلط]

فإذا اشترك الرجلان بمال فلم يخلطاه على أن يشتريا ويبيعا، فما كان من

---

(١) في أ (لم تجز فيه الشركة).
(٢) في ب طمس والمثبت من أ.
(٣) انظر: الأصل ٥٢/٤، ٥٣.




ربح فبينهما، فضاع مال أحدهما قبل الشراء فقد انقضت الشركة، فإن اشترىٰ الآخر بالمال الباقي شيئًا، كان ما اشتراه لنفسه [أيهما كان المشتري].

قال وجملة هذا: أن الشركة علىٰ ضربين:

أحدهما: أن يشترطا أن الربح فيما اشتريا علىٰ [٣٣٤/ب] سهام معلومة، مثل مسألتنا، فإذا هلك أحد المالين قبل الشراء انتقضت الشركة، فإن اشترىٰ الآخر بماله فهو له خاصة؛ وذلك لأن الشركة تَعَيَّنَت في المالين، فإذا هلك أحدهما قبل الشراء بطلت الشركة فيه، وبطلت في المال الآخر؛ لأن صاحبه لم يرض بمشاركة شريكه إلا بشرط أن يشركه في ماله، فإذا بطلت الشركة كان ما يشتريه بماله له خاصة.

والضرب الثاني: أن يشرطا أن كل ما يشترىٰ بينهما، [والربح بينهما]، فهلك أحد المالين ثم اشترىٰ الآخر بماله فالشركة باطلة، والمشترىٰ بينهما علىٰ ما شرطا، وللمشتري أن يرجع علىٰ شريكه بحصته من [الثمن][1]، وهما شريكان في المشترىٰ شركة أملاك، لا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه؛ وذلك لأنهما ذكرا الشركة وصرحا بالوكالة بقولهما: إن ما يشتريه كل واحد بينهما[2]، وهلاك أحد المالين قبل الشراء تبطل الشركة، فتبقىٰ الوكالة المستفادة بصريح الأمر، فإذا اشتريا كان مشتركاً بحكمهما لا بحكم الشركة، ومن وكَّل رجلاً بشراء شيء علىٰ أن يكون بينهما فاشتراه فهو علىٰ ما شرطا، وعلىٰ الآمر حصته من الثمن، وليس لكل واحد منهما أن يتصرف في نصيب الآخر، كما ليس

---

(١) في ب (الاثنين) والمثبت من أ.

(٢) في أ (منهما).




لهما فيما ملكاه بالميراث[1].

وليس كذلك الفصل الأول؛ لأنه لم يصرح فيه بالوكالة، وإنما استفيدت بحكم العقد، فإذا بطل العقد بطلت، وهذه المسألة توجد مختلفة الجواب لاختلاف سؤالها، فكل موضع وضعوها علىٰ شركة مجردة أبطلوا [الوكالة][2] بهلاك المال، وكل موضع وضعوها علىٰ التصريح بالوكالة [في الشركة] لم تبطل الوكالة ببطلان الشركة، فإذا عرفت القسمة[3] لا تجد فيما ذكروه اختلافًا.

٢٣٣٢ ـ فَصْل: [الشراء بأحد المالين ثم هلاك الآخر]

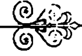
وأما إذا اشتريا بأحد المالين ثم هلك الآخر فما اشترياه بينهما، وإن كانا لم يصرحا في العقد بالوكالة؛ وذلك لأنه اشترىٰ مع بقاء الشركة [فملك][4] المشترىٰ، فهلاك المال بعد ذلك لا يعتبر حكم الملك.

واختلف الحسن ومحمد في هذا الفصل، فقال الحسن: المشترىٰ بينهما شركة أملاك، لا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر؛ لأن الشركة انتقضت بهلاك أحد المالين، والتصرف إنما يثبت بحكم الشركة.

وقال محمد: لا تنتقض، وما اشترياه علىٰ الشركة، فأيهما باعه فبيعه جائز، فإن ربحا فيه أو وضعا فيه وضيعة اقتسما الثمن علىٰ رؤوس المال؛ وذلك لأن الشراء وقع مع بقاء [٣٣٥/أ] الشركة في المشترىٰ، فهلاك المال بعد

---

(١) انظر: الأصل ٤/٦١.
(٢) في ب بياض والمثبت من أ.
(٣) في أ (القسمتين).
(٤) في ب (بمال) والمثبت من أ.

تمام الشركة لا يؤثر فيها.

٢٣٣٣ـ فَصْل: [الضمان بالهلاك في يد الشريك]

قال أبو يوسف: في رجل دفع إلىٰ رجل ألف درهم فقال: اشتَرِ بها بيني وبينك نصفين، والربح لنا، والوضيعة علينا، فَقَبِلَ ذلك وقبض المال علىٰ هذا الشرط، فضاع مَنْ عنده قبل أن يشتري شيئًا، فلا ضمان عليه، وليس هذا بقرضٍ عليه، إنما هذا شركة، فإذا اشترىٰ بالمال ثم هلك فعلىٰ الآمر ضمان نصف المال، وعلىٰ المشتري مثل ذلك.

وقال ابن سماعة عن محمد: إذا هلكت الألف قبل أن يعمل بها، فالقابض ضامن نصف المال.

لأبي يوسف: أنه دفع المال إليه علىٰ وجه الشركة، وأذن له في أن يشتري به لهما، فما هلك من يد الشريك لا يلزمه ضمانه، وليس كذلك إذا اشترىٰ ثم هلك؛ لأنه لما اشترىٰ لزمه نصف الثمن دينًا، وقضاه من مال الآمر، فكان عليه مثله.

لمحمد: أن الشراء بمال الغير علىٰ أن الربح للمشتري لا يكون إلا بطريق القرض، فقد أقرضه نصف الألف وأقبضه ذلك؛ فإذا هلك هلك من ضمانه.

يبين ذلك بما اتفق [عليه] أبو يوسف ومحمد: أن الآمر لو قال للمأمور: اشتر بألفي علىٰ أن جميع الربح لك، فأقبضه الألف فهلك قبل الشراء كان مضمونًا عليه؛ لأنه لا يستحق [جميع] الربح، إلا أن يكون المال قرضًا، فكذلك إذا شرط هذا في بعض الألف.




وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: في هذه المسألة مثل قول أبي يوسف.

وقد قالوا: إن شركة العنان تصحّ بين الرجال والنساء؛ لأنها تتضمن الوكالة، وتوكيل أحدهما للآخر جائز، وكذلك تَصِحُّ بين الأحرار والعبيد، وبين العبيد المأذون لهم، وكذلك الصبي المأذون والمكاتب؛ لأن توكيل هؤلاء ووكالتهم جائزة.

وتصِحّ أيضاً بين المسلمين وأهل الذمة؛ لأنه ليس من شرطها التساوي في المال، وكذلك يجوز عدم التساوي في التصرف، وليس بين المسلم والكافر [إلا] الاختلاف [في] التصرف.






بَابُ
ما يجوز لأحدِ شَرِيكي العِنان أن يَعْمَله في المال



قال أبو الحسن: ولكل واحد من شريكي العنان أن يبيع مال الشركة بالنقد والنَّسَاء؛ وذلك لأن الشركة إِذْنٌ عام في البيع، وذلك يشتمل على النقد والنَّسَاء؛ ولأن الوكيل بالبيع يملك عندنا أن يبيع بالنسيئة، وتصرف الشريك أعم من تصرف الوكيل وأقوى، فهو بجواز ذلك أولى.

قال: ويشتري أيضًا؛ يعني: بالنقد والنساء، وهذا على وجهين:

إذا [٣٣٥/ب] كان في يده مال خاص للشركة جاز أن يشتري بالنساء، وكذلك إن كان عنده مكيل أو موزون، فاشترى بذلك الجنس شيئًا؛ لأن الشريك وكيل بالشراء، والوكيل بالشراء يملك الشراء بالنسيئة.

فأما إذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير، واشترى بدراهم أو دنانير فالمشترى له خاصة دون شريكه؛ وذلك لأنا لو صححنا شراءه على الشركة صار مستدينًا على مال الشركة [والشركة شركة عنان]، والشريك والمضارب لا يملكان الاستدانة إلا أن يؤذن لهما في ذلك، وليس هذا كما لو كان المال المشترى به في أيديهما مثله؛ لأن هذا ليس باستدانة.

بيان ذلك: أنه إذا اشترى بألف وليس ذلك عنده صار مستدينًا على شريكه، فيؤدي إلى أن يصير مال الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه، وإذا كان في يده مثل ذلك المال لم يؤد إلى هذا، [فجاز].

وقد حكىٰ الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: إذا كان في يد أحد الشريكين دنانير فاشترىٰ بدراهم جاز، وقال زفر: لا يجوز.

لأبي حنيفة: أن الدراهم والدنانير قد أجريا مجرىٰ الجنس الواحد، فكأنه اشترىٰ بجنس ما في يده.

وأما زفر: فلا يجوِّز الشركة في الدراهم والدنانير ويجعلهما في حكم الجنسين، فصار كالمشتري بالدراهم وعنده عروض.

قال: وله أن يبضع؛ وذلك لأن الشركة تنعقد علىٰ عادة التجار، ومن عادتهم أن يبضعوا، ولأن له أن يستأجر من يعمل في البضاعة بعوض، فإذا دفعها بضاعة فقد استعمل فيها بغير عوض، فهو أولىٰ.

قال: وله أن يودع؛ لأن ذلك من عادة التجار، ولأنه يجوز أن يستحفظ المودع بأجر، فإذا استحفظه بغير أجر [فهو] أولىٰ.

قال: وله أن يدفع مال الشركة مضاربة، ذكره محمد في الأصل عن أبي حنيفة[١].

وقال الحسن عن أبي حنيفة: [إنه] ليس له ذلك.

وجه رواية الأصل: أنه يملك أن يستأجر المضارب للعمل في المال ببدل مضمون في الذمة، فإذا دفعه مضاربة استعاد عمله بغير أجر مضمون فهو أولىٰ.

وجه رواية الحسن: أن المضاربة [شركة][٢] وليس لشريك العنان أن

---

(١) انظر: الأصل ٤/٦١.

(٢) في ب (شركتين) والمثبت من أ.




يشارك إلا أن ينص له على ذلك. وهذا ليس بصحيح؛ لأنا لو جوّزنا له أن يشارك [لاستفاد][1] بحكم العقد مثل العقد، وتوابع العقد ما هو دونه، والمضاربة دون المشاركة، فجاز أن يستفاد بمقتضى الشركة، وإن لم يستفد بمقتضاها الشركة [٣٣٦/أ] التي هي مثلها، تبين ذلك أنهم قالوا في المضارب: ليس له أن يدفع المال مضاربة بإطلاق المضاربة، وله أن يوكِّل؛ لأن الوكالة دون المضاربة، فجاز أن يستفاد بحكمها وإن لم يستفد بها مثلها، وعلى هذا لم يجز للوكيل أن يوكل بإطلاق الوكالة؛ لأنه لا [يستفيد] بحكم العقد مثل العقد.

قال: يجوز أن يعمل في المال الذي بشركتهما كلَّ شيء يجوز للمضارب أن يعمله؛ وذلك لأن تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم، فما كان[2] للمضارب أن يعمله فلأنْ يجوز للشريك أولى.

قال: ولأحدهما أن يوكل بالشراء والبيع؛ لأن الشركة تنعقد على عادة التجار، ولأنّا لو لم نجوّز له أن يوكل ضاق الأمر عليه؛ ولأن التجار لا يتمكنون من جميع التصرفات بأنفسهم؛ لأن الوكالة أخص من الشركة، فجاز أن يستفاد بحكمها[3].

٢٣٣٤ - فَصْل: [ارتهان أحدهما بدين عليهما]

قال محمد في كتاب الرهن: [إذا رهن أحدهما متاعًا من الشركة بدين عليهما لم يجز، وصار ضامنًا للرهن]، ولو ارتهن بدين لهما أو أداناه وقبض،

(١) في ب (لاستأذنه) والمثبت من أ.
(٢) في أ (جاز).
(٣) انظر: الأصل ٤/٦١، ٦٢.

لم يجز على شريكه، وهذا إنما يريد به إذا رهن أحدهما بدين عليهما وجب بعقدهما؛ وذلك لأن الرهن للإيفاء، فكل واحد منهما لا يملك أن يوفي دين الآخر من ماله إلا بأمره، فكذلك لا يملك الرهن، وكذلك [إذا] ارتهن بدين [أداناه]؛ لأن الارتهان للاستيفاء، وهو لا يملك أن يستوفي ثمن ما عقده شريكه لنفسه.

قال: فإن هلك الرهن في يده، وقيمته والدين سواء ذهب بحصته، ويرجع شريكه بحصته على المطلوب، ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن، وإن شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين؛ وذلك لأنه قبض الرهن بعقد فاسد، وفاسد الرهن يتعلق به الضمان كما يتعلق بصحيحه.

فإذا هلك في يده صار مستوفيًا للدين، ومن استوفى دينًا مشتركًا بغير إذن شريكه، كان لشريكه أن يرجع على الغريم بنصيبه، ويرجع الغريم على القابض بما قبض؛ لأنه سلم إليه ليملك ما في ذمته بما سلم، ولم يملك ذلك، وإن شاء الشريك رجع عليه بنصف دينه؛ وذلك لأن هلاك الرهن استيفاء للدين من طريق الحكم، وأحد الشريكين إذا استوفى نصيبه من دين مشترك كان لشريكه أن يشركه فيما قبض ويرجع القابض بمثله، فإن أشركه في مسألتنا في مقدار نصيبه ثبت للمرتهن الرجوع بمثل ما استحق، وفي ذمته مثله، فصار مستوفيًا له، فثبت لشريكه المشاركة فيه، وثبت له الرجوع بمثله، وعلى هذا حتى يستوفيا[1] [٣٣٦/ب] الدين.

وقد طعن عيسى في هذه المسألة وقال: يجب أن لا يضمن الشريك نصيب

(١) في أ (يستوفي الدين).




شريكه؛ لأن محمداً قال: لو قال رجل [لرجل]: أعطني رهنًا بدين فلان الذي عليك، فإن أجازه جاز، وإن لم يجزه فلا ضمان على القابض، فإن أعطاه وهلك الرهن في يده لم يضمن(١).

وهذا ليس باعتراض؛ لأنه لما أخذ رهنًا لغيره وشرط أن لا ضمان صار عدلاً [له]، وهلاك الرهن في يد العدل لا يوجب عليه الضمان، فأما في مسألتنا فإنما قبضه للاستيفاء، والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون.

قال أبو الحسن: وإن اشتركا شركة مبهمة، فلكل واحد منهما أن يبيع بالنقد والنسيئة، وأن يأخذ رهنًا، وذلك كله جائز عليه وعلى شريكه، وإنما يعني بالشركة المبهمة: المطلقة.

فأما البيع بالنقد والنسيئة، فقد بيّناه، وأما أخذ الرهن فإذا وَلِيَ العقد جاز له أن يرهن ويرتهن؛ لأنه يملك الإيفاء والاستيفاء، وليس كذلك المسألة المتقدمة؛ [لأنهما وضعا على أنهما](٢) ولِيَا العقد، ولا يملك أحدهما أن يستوفي نصيب شريكه ولا أن يوفيه.

وأما الحوالة فلأنها [تمليك مال](٣) بمال، والشريك يملك هذا في حق شريكه؛ ولأنه من عمل التُّجَّار.

قال: ويجوز أن يُوَكِّلَ كل واحد منهما وكيلاً بالبيع والشراء، أستحسن ذلك، وأدع القياس فيه.

---

(١) انظر: الأصل ٤/٩٥.

(٢) في ب (لأنه وضعها على أنها) والمثبت من أ.

(٣) في ب (تملك عليه) والمثبت من أ.

[وجه القياس: أن الشريك رضي برأيه ولم يرض برأي غيره].

وجه الاستحسان: أن الشركة تنعقد على عادة التجار، ومن عادتهم أن يوكلوا [ويبضعوا] ويستأجروا من يعمل في المال.

قال: وإذا كانا شريكين في خادم أو ثوب خاصة، فليس لأحدهما أن يوكل ببيعه، وإن وَكَّلَ لم يجز في حصة صاحبه؛ لأن شركة الأملاك كل واحد من الشريكين في نصيب الآخر كالأجنبي، ألا ترى أنه لم يأذن له في التصرف ولا ولاية له عليه، فلم يجز له التصرف في ماله مع عدم الوِلايَةِ والإِذْن.

قال أبو الحسن: وإذا باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيئًا من الثمن، وكذلك كل دَيْنٍ وليه أحدهما فليس للآخر قبضه، وللمديون أن يمتنع من دفعه؛ وذلك لأن القبض من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلق بالعاقد؛ ولأن المديون لم يلتزم الحقوق للمالك، وإنما التزمها للعاقد، [فلم يجز أن يلزمه للمالك ما لم يلتزمه إلا بتوكيل العاقد]، فإن دفع إلى الشريك برئ من نصيبه، ولم يبرأ من حصة المداين، وهذا استحسان.

والقياس: إذا قبض الموكل لا يبرأ الدافع؛ لأن حقوق العقد لا تتعلق به كالأجنبي.

وجه الاستحسان: أنا لو فسخنا هذا [العقد](1) احتجنا إلى إعادته في الحال [٣٣٧/أ] ألا ترى أن المديون يلزمه دفعه إلى العاقد، فَيَتَعَيَّنُ في يده للموكل، فيرده إليه فلا معنى لفسخ القبض وإعادته في الحال.

---

(١) في ب (القبض) والمثبت من أ.



قال: وليس لواحدٍ منهما أن يخاصم فيما أدانه الآخر أو باعه، والخصومة للذي باع، وعليه ليس على الذي لم ينل من ذلك شيء، ولا يسمع بينته فيه، ولا يستحلف، وهو والأجنبي في هذا سواء.

وذلك لما بينا أن الخصومة من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلق بالعاقد.

قال: وإن قبض الذي باع الثمنَ أو المبيعَ أو وكّل بذلك، جاز عليه وعلى شريكه؛ لأن شريكه[1] قائم مقامه، فصار قبضه كقبضه.

قال: فإن وَكَّل أحدهما وكيلاً ودفع إليه مالاً وأمره بأن ينفق على شيء من تجارتهما، والمال من الشركة فذلك جائز؛ لما بيّنا أن الشريك يملك التوكيل، فصار تصرف وكيله كتصرفه.

قال: وإن أخرج الشريك الآخر الوكيل، فقد خرج منها إن كان في تقاضٍ أو بيع أو شراء أو إجارة؛ وذلك لأن كل واحد من الشريكين يملك التصرف في حق شريكه الآخر بالتوكيل، فكذلك بالعزل؛ ولأن الشريك وكيل لشريكه، وإذا وَكَّل كان لمُوَكِّلِهِ أن يعزلَ وَكِيْلَه.

فإن كان وكَّله في تقاضي [ما باعه] فليس للآخر إخراجه؛ وذلك لأنه لا يملك أن يوكل بتقاضي ما باعه شريكه، فلا يملك أن يعزل [وكيله] عنه؛ ولأن هذا التوكيل لم يستفده الشريك بحكم الوكالة، وإنما استفاده بالعقد، وشريكه لا يمكنه عزله عن حقوق العقد.

قال: وليس لأحدهما أن يكاتب عبدًا من تجارتهما، ولا يعتقه على مال؛

---

(١) في أ (وكيله).

لأن الشركة تنعقد على التجارة، والمكاتبة والعتق ليسا من التجارة؛ ولهذا لا يملكهما المأذون.

قال: وليس لأحدهما أن يُزَوِّجَ عبدًا ولا أمة في قول أبي حنيفة ومحمد، أما التزويج للعبد فلا يجوز في قولهم، ولا يملك أحد في حق عبده[1] إلا أن يأذن بصريح الإذن؛ لأنه ضرر لا منفعة فيه، وأما تزويج الأمة فلا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه ليس من التجارات، وتصرف الشريك خاص في التجارات، ويجوز عند أبي يوسف؛ لأن تصرفه عام كتصرف الأب، وقد بيّنا هذا في النكاح.

قال: وإذا باع أحدهما [وأخّر الآخر] لم يجز على صاحبه، أما في نصيب شريكه فلا يجوز؛ لأنه لا يملكه ولا ولي عقده، وأما في نصيب نفسه فلا يجوز عند أبي حنيفة على أصله في الدَّيْن المشترك: أن [أحد الشريكين لا يملك تأخير نصيبه منه[2].

وقال أبو يوسف ومحمد: يملك.

[٢٤٠/أ][3] [وجه قول أبي حنيفة: أن تأخير نصيبه يؤدي إلى قسمة الدين حال كونه في الذمة، ألا ترى أن معنى القسمة: أن ينفرد أحد الشريكين بنصيبه على وجه لا يثبت للآخر فيه حق، وهذا المعنى موجود في التأخير، فإذا لم يجز قسمة الدين، لم يجز تأخيره، وليس كذلك إذا أبرأ أحدهما من نصيبه؛ لأن البراءة إتلاف لنصيبه، والدَّيْنُ فيها معنى القسمة، ألا ترى أن القسمة سلامة

(١) في أ (غيره).

(٢) انظر: الأصل ٤/ ٧٧ وما بعدها.

(٣) من هنا سقط من ب، والمثبت من أ.

نصيب أحدهما له مع ثبوت حق الآخر فيه، فأما إتلاف أحدهما نصيبه، فهو كطعام مشترك أحرق أحدهما نصفه.

وجه قولهما: أن التأخير إسقاط للمطالبة كالبراءة.

وأما إذا أدانا جميعًا، ثم أخّر أحدهما، فتأخيره عند أبي حنيفة لا يجوز في نصيب شريكه؛ لأنه لا يملكه ولا تولى العقد فيه.

ولا يجوز في نصيب نفسه؛ لما في ذلك من قسمة الدين، وعلى قولهما: [٢٤٠/ب] يجوز تأخيره في نصيبه، كما يجوز أن يُبرئ منه، ولا يجوز في نصيب شريكه.

فأما إذا عقد أحدهما ثم أخر العاقد، فتأخيره جائز عند أبي حنيفة ومحمد في النصيبين جميعًا، أما في نصيبه؛ فلأنه مالك له، وأما في نصيب شريكه؛ فلأنه هو العاقد، والمطالبة من حقوق العقد، فتعلق بالعاقد.

وعلى قول أبي يوسف: يجوز في نصيبه، ولا يجوز في نصيب شريكه؛ لأن من أصله أن الوكيل بالبيع لا يملك تأخير الثمن ولا البراءة منه.

وإذا ثبت من أصل أبي حنيفة ومحمد: أن تأخير العاقد لنصيب شريكه جائز، فلا ضمان عليه؛ لأنه يملك أن يُقايل البيع ثم يبيعه نسيئة، فإذا لم يقايله وأخّر الدين، جاز.

وليس كذلك الوكيل بالبيع؛ لأنه لا يملك أن يقابل، ويبيع بالنَّسَاء، فإذا أخّر ضمن.

وإن استقرض أحدهما مالاً لزمهما؛ وذلك لأن الاستقراض تمليك مال

بالعقد، كالصرف، فيثبت في حقه وحق شريكه.

قال: وإن أقرّ بدين لم يجز على صاحبه؛ وذلك لأن شركة العنان لا تتضمن الكفالة، والإقرار يلزم المُقِرَّ، فلا يُصدّق على إيجاب الحق على شريكه.

وليس لأحدهما أن يقرض؛ لأن القرض تبرع، وهو لا يملك التبرع في حق شريكه.

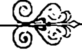
وإن أَقَرَّ بجارية في يده من تجارتهما أنها لرجل، لم يجز في نصيب شريكه، وجاز في نصيبه، وإن كان قال له: اعمل برأيك؛ لأن تصرف كل واحد منهما لا يجري مجرى تصرف الآخر، فلم يصح إقراره في نصيب شريكه كالوكيل.

وكذلك إن قال له: اعمل برأيك؛ لأن هذا القول يفيد عموم التصرف فيما اشتملت الشركة عليه، والإقرارُ لم يدخل في الشركة.

قال: ولا يملك أن يُقرض على شريكه إلا أن يأذن له إذنًا مصرَّحًا أن يقرض؛ لأن القرض لما لم يشتمل عليه الشركة لم يدخل تحت قوله: اعمل فيه برأيك، فلم يجز حتى يُصرّح بالإذن فيه.

قال: وما استأجر أحد شريكي العنان لشيء من تجارتهما، فهو جائز، والأجرُ على المُستأجر خاصة، لا يطالب الآخر به، ويرجع على شريكه بنصفه؛ وذلك لأن الإجارة من التجارة، ألا ترى أن المأذون يملكها؛ ولأن المنافع أُجريت مجرى الأعيان، فصار الاستئجار كالشراء، والمطالبة عليه؛ لأنها تتعلق بالعاقد، ويرجع على شريكه بنصفه؛ لأنه وكيله في العقد.

قال: وإذا أَقَالَ أحد شريكي العِنَان فيما باعه الآخر، جازت الإِقَالَة؛ لأنه

يملك الشراء على الشركة، والإقالة فيها معنى الشراء.

قال: وإن اشترى أحدهما بغير مال الشركة لم يلزم صاحبه، وهذا قد بيّناه؛ لأنه يصير مستدينًا على المال، ولم يأذن له في الاستدانة.

قال أبو يوسف: وليس لواحد منهما أن يُسافر بالمال بغير إذن صاحبه.

والصحيح من قول أبي حنيفة: أن لشريك العنان، والمبُضَع، والمُضَارِب، والمودَع أن يسافروا.

وروي عن أبي حنيفة: أنه ليس للشريك والمضارب أن يسافر، وهو قول أبي يوسف.

وروي عنه: أن له أن يسافر إلى موضع لا يبيت عن منزله.

وروي عنه: أنه يُسافر بما لا حمل له ولا مؤونة، ولا يسافر بما له حمل ومؤزنة.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن الشركة إذن في التصرف الذي يحصل به الربح، وذلك يكون في السفر والحضر، فاقتضى عموم الأمر جوازهما؛ ولأنه مؤتمن في المال كالمُوْدَع، ولا شبهة في المودع أنه لا يلتزم بحفظ الوديعة على أن يقعد عن أسفاره.

وجه قول أبي يوسف: أن السفر بالمال خطر، فلا يجوز في ملك الغير إلا بإذنه.

والذي فرّق بين البعيد والقريب؛ فلأنه إذا كان لا يبيت عن منزله، فهذا في حكم المصر وَمَحالّه.

والذي فرّق بين ما له حمل وبين ما لا حمل له، أن ما له حمل إذا احتاج شريكه إلىٰ ردّه لزمه مؤونة في الرد، وما لا مؤونة له لا يوجد فيه ذلك.

وقد ذكر أبو الحسن وقال: فإن اشتركا في الأشياء كلها وليس في شيء بعينه، وهي مُفَاوَضَةٌ أو عِنَان في الشراء والبيع بالنقد والنسيئة، فلهذا أن يسافر في بيع من بيع الشركة له حمل ومؤونة أو لا حمل له بغير إذن شريكه.

قال هذا عطف علىٰ قول أبي يوسف؛ وذلك لأنهما إذا عقدا الشركة عامة، فقد فوّض إليه الرأي علىٰ العموم، فكأنه قال له: اعمل برأيك.

وقد قالوا جميعًا في الشريك ورب المال إذا قال: اعمل برأيك: أن له السفر؛ لأنه فوّض إليه الرأي في التصرف الذي اشتملت عليه الشركة.

قال أبو الحسن في الجامع عطفًا علىٰ هذه المسألة، قال: وكل شيء من هذا خرج فيه الشريك أو المضارب إلىٰ موضع البيع الذي يشتري فيه، فلا ضمان عليه.

وليس هذا كالسفر، وإنما يعني بهذا: إذا اشتركا في نوع من الأموال يبتاع في موضع مخصوص، فسافر الشريك لابتياعه؛ لأن الشركة تقتضي المعتاد من ذلك النوع، فكأنه أذن في السفر إليه.

قال أبو يوسف عطفًا علىٰ قوله: ليس لأحد الشريكين أن يُسافر، فإن سافر أحدهما فهلك، فلا ضمان عليه إذا كان لا حمل له ولا مؤونة، وإذا كان له حمل ومؤونة فهو ضامن، وهذا علىٰ الرواية التي جوّز له السفر أحدهما دون الآخر.

قال: وما لم يكن فيه مؤونة، فاشترىٰ به في السفر أو باع، فربح أو وضع،




فإنه يجب في القياس أن يكون الربح له، ولكني أدع القياس، فإن عطب كان ضامنًا، وإن سلم كان الربح بينهما.

وكذلك ما سافر به من متاع الشركة مما له حمل ومؤونة، فباعه، فتوىٰ الثمن أو توىٰ المتاع من قَبْلِ أن يبيعه، فهو ضامن، فإن سلم فالربح بينهما علىٰ الشركة، وهذا يتفرع علىٰ الرواية الأخرىٰ التي سُوِّيَ فيها بين الأمرين في المنع من السفر.

فوجه القياس: أنه صار ضامنًا بالسفر، والضمان ينافي الأمانة، فكان الربح له كالغاصب.

وجه الاستحسان: أنه لما سلم حكمنا بزوال الضمان، فكأنه لم يكن، ولأنّا ضمّناه للخطر بالمال، فإذا سَلِم فقد زال المعنىٰ الموجب للضمان.

وهذا نظير ما قالوا في المستأجر إذا تعدىٰ في الحمل وسَلِمَت الدابة: فالقياس: أنه لا يلزمه الأجرة؛ لأنه غاصبٌ [٢٤١/أ] بالتعدي، والأجر والضمان لا يجتمعان، إلا أنهم استحسنوا: إذا سَلِمَ أن يجب الأجر؛ لأن المعنىٰ الموجب للضمان قد زال، فكأنه لم يكن.

وإذا سافر الشريك بالمال وقد أَذِنَ له في السفر، أو قيل له: اعمل برأيك، أو كانت الشركة مطلقة علىٰ الرواية التي جوّزوا السفر، فله أن ينفق من جُملة المال علىٰ نفسه في كِرَائِهِ ونَفَقَتِهِ وطَعَامِهِ وإِدَامِهِ من رأس المال، وروىٰ ذلك الحسن عن أبي حنيفة، وقال محمد: هذا استحسان؛ لأن نفقته من مال الغير لا يجوز إلا بصريح الإذن، وإنما استحسنوا؛ لأن السفر إذا كان لأجل مال الشركة، فالعادة أن الإنسان لا يلتزم نفقته من ماله لربح يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون،

وإنما ينفق في العادة من المال، فصار المعتاد كالمنطوق به.

قال محمد: وإن ربح حَسَبَ النفقة من الربح وإن لم يربح، كانت النفقة من رأس المال؛ لأن النفقة جزء تالف من المال، فإن كان هناك ربح فهو منه، وإلا فهو من الأصل.

قال الحسن عن أبي حنيفة: ولكل واحد منهما أن يبيع ما اشتراه هو وما اشتراه صاحبه مرابحة على ما اشتراه؛ وذلك لأن كل واحدٍ منهما وكيلٌ بالشراء لصاحبه وبالبيع، ومن وُكّل بالبيع جاز أن يبيعه مرابحة.

فإن باع أحدهما متاعًا من شركتهما، فرُدَّ عليه بعيب فَقَبِلَهُ بغير قضاء قاضٍ، جاز ذلك عليهما؛ لأن كل واحدٍ منهما يملك أن يشتري ما باعه على الشركة، وقبول المبيع بغير قضاء في حكم شراءٍ مبتدأٍ.

وكذلك لو حَطّ من ثمنه أو أخّر ثمنه، يعني: لأجل العيب؛ لأن العيب يوجب الرد، ويجوز أن يكون الصُّلح والحط أنفع من الرد، فكان له ذلك.

قال: وكذلك لو احتال بثمنه على رجل، جاز؛ لأن الحوالة تمليك مالٍ في الذمة بمثله، كالصرف.

وإن حَطَّ أحدهما عن غريم لهما شيئًا من غير عيب ومن غير أن يخاف منه، جاز نصف الحط في حصته، ولم يجز على صاحبه؛ لأن الحط بغير عيب تبرع، وتبرع الإنسان يجوز في مال نفسه، ولا يجوز في مال شريكه.

وكذلك لو وهبَ؛ لأن الهبة صريح تبرع، وذلك لا يجوز في ملك الغير.

قال: ولو أَقَرَّ أحدهما بعيب في متاع باعه، جاز عليه وعلى صاحبه.




قال: وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف، وبه نأخذ؛ وذلك لأن الشريك لا يلزمه الجحود إذا كان يعلم بالعيب، فإذا أقر به لم يكن مُفرِّطًا.

وقد قالوا في الوكيل إذا أقرّ بالعيب، فردّ [بقضاء][1] القاضي عليه، كان له أن يخاصم المُوَكِّلَ؛ لأنه لا يملك الشراء في حقه، وقوله غير مقبولٍ إن كان العيب كان في يده، فأما الشريك فليس بمتعدٍ في الإقرار، وهو يملك الشراء في حق شريكه، فلذلك لزمهما.

قال: فإن قال كل واحدٍ منهما لصاحبه: اعمل في ذلك برأيك، جاز لكل واحدٍ منهما أن يعمل في ذلك كله فيما يقع في التجارة: من الرهن، ودفع المال مضاربة، والسفر بالمال، والارتهان، وأن يخلطه بماله، وأن يشارك فيه؛ وذلك لأنه فوّض إليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة، فإذا فعل ما هو من التجارة، جاز على العموم؛ ولأنّا إنما لا نجوّز له أن يُشارك؛ لأنه بالشركة يوجب في مال شريكه حقًا لغيره، فإذا فوّض إليه الرأي فقد رضي بذلك.

وأمّا الهبة والقرض وما كان إتلافًا للمال، أو تمليكًا له بغير عوض، فإن ذلك لا يجوز، إلا أن ينص عليه بعينه؛ لأن هذا ليس من التجارة، وهو إنما فوّض إليه الرأي في التجارة خاصة.

وقد قالوا: إن الشريك إذا لم يقل له: اعمل برأيك، لم يجز له أن يخلط مال الشركة بمال له خاصّ؛ لأن الخلط إيجاب حق في المال، فلا يجوز إلا في القدر الذي رضي به مالك المال.

وقالوا: إن شارك أحد الشريكين رجلاً شركة عنان، فما اشتراه الشريك،

---

(١) هنا في النسخة طمس قدر كلمة، والمثبت ما يدل عليه السياق.

فنصفه له ونصفه بين الشريكين ؛ وذلك لأنه لا يملك الشركة في حق الشريك ، ويملك التوكيل ، وفي مضمون الشركة التوكيل ، فإذا اشترىٰ الشريك ، كان نصف ما اشتراه بينهما ، فإذا اشترىٰ الشريك الذي لم يشارك فيما اشتراه بينه وبين شريكه نصفين ، ولا شيء للأجنبي منه ؛ لأنه لم يوكله ، فبقي ما اشتراه علىٰ حكم الشركة.

قال الحسن: وإذا شارك أحد الشريكين شركة عنان رجلاً شركة مفاوضة بغير محضر من شريكه ، لم تكن مفاوضة ، وكانت شركة عِنان ؛ لأن المفاوضة تقتضي فسخ شركة العنان ، ألا ترىٰ أن المفاوض يجب أن يكون شريكه في كل المال ، وذلك لا يصح في حق شريكه ، فكان ذلك فسخًا للشركة ، وهو لا يملك الفسخ مع غيبته.

وإن كان ذلك بمحضر من صاحبه ، صحّت المفاوضة ، وكان ذلك إبطالاً لشركة العنان ؛ لأنه يملك فسخ الشركة مع حُضور صاحبه ، فإذا فعل ما يقتضي الفسخ ، كان فسخًا.

وقالوا: إذا أخذ أحد شريكي العنان مالاً مضاربة ، فهو له خاصّة ؛ لأن المضارب يستحق الربح في مقابلة عمله ، فانفرد به ، كما لو آجر نفسه.

قال: وإذا قال أحد الشريكين للآخر: اعمل برأيك ، فليس له أن يزوّج ، ولا أن يكاتب ؛ لأن ذلك ليس من التجارة ، وهو إنما جعل إليه عموم التصرف في التجارة.

قالوا: ولا يستولد جارية من المال ؛ لأن في ذلك إبطالاً للشركة ، وهو إنما جعل إليه عموم التصرف في الشركة ، لا في إبطالها[1].

---

(١) انظر: الأصل ٤/٦٢ وما بعدها.




بَابُ
ما يجوز لأحد المتفاوضين أن يعمله في مال المفاوضة



قال أبو الحسن: كل ما ذكرت لك أنه يجوز لشريك العنان أن يفعله، فذلك جائز للمفاوضين، ويجوز علىٰ شريكه؛ وذلك لأن المفاوضة أعمّ من العنان، فما جاز لشريك العنان من التصرف، فجوازه للمفاوض أولىٰ.

وعلىٰ هذا، كل ما كان شرطًا في صحة شركة العنان، فهو شرط في صحة شركة المفاوضة؛ لأن المفاوضة أعمّ من العنان، فهي تقتضي شروط العنان وزيادة.

وكل ما فسدت به شركة العنان، فهي مفسدة لشركة المفاوضة؛ لأن المفاوضة لا يُفسدها ما لا يفسد العنان؛ فلأن يفسدها ما يفسد العنان أولىٰ.

ويجوز للمفاوض أيضًا ما لا يجوز لشريك العنان، فمّما يختص به المفاوض أن يجوز إقراره بالدين عليه وعلىٰ شريكه، ويطالب المُقرُّ لَه أيهما شاء؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر [٢٤١/ب]، فيلزم المُقِرُّ بإقراره، ويلزم شريكه بكفالته.

وكذلك ما وَجَب علىٰ كلِّ واحدٍ منهما من كل واحدٍ منهما من دين بسائر العقود التي تكون من التجارة: من الشراء، والبيع، والاستئجار وغير ذلك من سائر ما يضمنه أحدهما من الأموال بالغصوب، والبيوع الفاسدة، والخلاف في الودائع، والعواري، والاستهلاكات، والإجارات.

أما ما لزم أحدهما بالعقود التي تكون من التجارة، فذلك دين لزم بسبب

الشركة، وكل واحدٍ منهما كفيل عن الآخر فيما يلزمه بسبب الشركة.

ولهذا قالوا: إن البينة تُسْمَعُ في ذلك على الشريك الذي لم يَلِ العقد؛ لأن الدين لازم له كما هو لازم لشريكه؛ ولأنه كفيل عن شريكه، والبينة بالدين تُسْمَعُ على الكفيل كما تسمع على المفكول عنه.

فأمّا البيع الفاسد، فهو مما اشتملت عليه الشركة، ألا ترى أن الأمر بالبيع يقتضي الصحيح والفاسد، وأما الغصب فإنّه يلزم الشريك ضمانه عن شريكه، وروى الحسن بن أبي مالك وعَلِيّ بن الجَعْد عن أبي يوسف: أن الغصب والاستهلاك لا يلزم إلا فاعله دون شريكه، وكذلك الإقرار بذلك.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن ضمان الغصب يجري مجرى ضمان البيع الفاسد؛ لأن الضمان متعلق بالقبض؛ ولأنه يدل عمّا ملك بالفعل ويصح الاشتراك فيه، كالبدل في البيع.

وجه قول أبي يوسف: أنه ضمان يتعلق بالفعل، فأشبه ضمان الجناية.

وأما الخلاف: في الودائع، والعواري، والرهون، والإجارات، فهو كضمان الغصب؛ لأنه يلزم بالتعدي في ملك الغير.

فأمّا إذا كفل أحدهما بمالٍ عن غيره، فذلك لازم لشريكه عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يلزمه.

وجه قول أبي حنيفة: أن الكفالة تمليك مال بمال بنفس العقد، كالصّرف.

وجهُ قولهما: أن الكفالة تبرّع كالهبة والصدقة والقرض.




وأمّا إذا كفل أحدهما بنَفْسٍ لم تؤخذ جنايةً في بني آدم لم يلزم شريكه؛ لأن الجناية ليست من التجارة؛ ولأنه مال لزم بدلاً عما لا يصح الاشتراك فيه، وكذلك إن تزوّج امرأة علىٰ مهر، لم يلزم ذلك شريكه؛ لأن المهر بدل عمّا لا يَصِحُّ فيه الاشتراك.

وأما إذا جنىٰ أحدهما علىٰ دَابَّةٍ أو ثَوْبٍ، لزم شريكه في قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه يملك المجني عليه بالضمان، وذلك مما يصح فيه الاشتراك.

قال: ويجوز لأحدهما أن يُكاتب عبدًا للتجارة، أو يأذن له في التجارة؛ وذلك لأن تصرّف كل واحد منهما عام فيما عاد نفعه إلىٰ المال، كتصرف الأب في مال الصغير.

وقال ابن رستم عن محمد: وكل ما يجوز أن يفعله الإنسان فيما لا يملكه، فالمفاوض فيه أجوز أمرًا[1].

وإنما يعني بذلك: أن الأب إذا جاز له التصرف في مال ابنه بشيء، فجوازه للمفاوض أولىٰ، والكتابة والإذن يملكهما الأب في مال ابنه.

قال: ولا يجوز أن يعتق شيئًا في عبيد التِّجَارَةِ علىٰ مال؛ لأن العتق صريح التبرع، ألا ترىٰ أنه يتعجل العتق بمال يجوز أن يسلم ويجوز أن لا يسلم؛ ولهذا لا يملك الأب في مال ابنه.

قال: ولا يزوج العبيد؛ لأن تزويج العبيد ضرر لا نفع فيه؛ لأن المهر والنفقة تجب في رقبته، وولده لغيره وينتقص من قيمته، فلا يملكه الإنسان في مال غيره.

---

(١) انظر: الأصل ٧٧/٤ وما بعدها.

قال: ويجوز أن يزوِّج الإماء؛ لأن تزويج الإماء فيه منفعة، ألا ترىٰ أنه يسقط عنه نفقتها، ويستحق مهرها وولدها، وتصرفه عام في كل ما عاد نفعه إلىٰ المال، فيجوز.

قال: ويجوز أن يدفع المال مضاربةً؛ لأنه يملك أن يستأجر من يعمل بأجرٍ مضمون، فلأن يملك أن يستعمله بمالٍ غير مضمون أولىٰ.

قال: ويجوز أن يشارك شركة عنان عند أبي يوسف ومحمد، ولا يجوز في رواية الحسن؛ لأن شركة العنان أخصّ من المفاوضة، فجاز أن يُستفاد بمقتضاها كما يُستفاد المضاربة بمقتضىٰ العنانِ؛ ولأن الأب يملك ذلك في مال ابنه، فكذلك يملك المفاوض علىٰ شريكه.

وجهُ رواية الحسن: أنه يوجب للشريك حقًا في مال شريكه، وذلك لا يجوز إلا بإذنه، وأما إذا فاوض أحدهما رجلاً، جاز عليه وعلىٰ شريكه في قول محمد. ذكره في الأصل.

قال أبو يوسف: لا يجوز، وكذلك في رواية الحسن.

وجه قول أبي يوسف: أن العقد لا يُستفاد بما اقتضاه مثله، وإنما يُستفاد به ما هو دونه.

وجه قول محمد: أن تصرف كل واحد منهما عام، فصار كتصرف الآخر.

قال: ويجوز أن يرتهن ويرهن علىٰ شريكه؛ لأن كل واحدٍ منهما يملك أن يستوفي ما باعه الآخر، فكذلك يَملك أن يَرتهن؛ لأن الرهن للاستيفاء، ويلزم كل واحد منهما أن يوفي ما علىٰ الآخر، فكذلك يجوز أن يَرهن؛ لأن الرهن للإيفاء.




قال: ويجوز أن يقبض كل واحد منهما ما أدانه، أو أدانه صاحبه، أو أداناه جميعًا، أو وجب لهما علىٰ رجل من غصب أو كفالة؛ لأن كل واحد منهما كفيل ووكيل للآخر، فيملك أن يستوفي في حقه، وكل واحد منهما تصرفه كتصرف الآخر.

قال: وما وجب عليه، فلصاحب الحق أن يأخذ كل واحد منهما به؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر، فيطالب بحق الكفالة.

قال: وكل واحد منهما خصمٌ عن الآخر، يطالب بما علىٰ صاحبه، ويقام عليه البينة، ويستحلف علىٰ علمه فيما هو من ضمان التجارات، وذلك لما بيّنا أن الكفيل خصم فيما يدعي علىٰ المكفول عنه، ويُستحلف علىٰ علمه؛ لأنها يمين علىٰ فعل الغير.

قال: وإذا اشترىٰ أحدهما طعامًا لأهله، أو كسوة، أو ما لا بدّ له منه، فذلك جائز، وهو له خاصة دون صاحبه، وللبائع أن يطالب بثمن ذلك أيهما شاء، وهذا استحسان.

والقياس: أن يكون المشترىٰ بينهما؛ لأنه مما يصح الاشتراك فيه، فصار كسائر الأعيان.

وجه الاستحسان: أن الضرورة تدعو إلىٰ شراء القوت والكسوة؛ لأنه مما لا بدّ منه، فصار مستلزم المفاوضة بالضرورة، فاختصّ به المشتري.

قال: وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء؛ لأن كل واحدٍ منهما كفيل عن الآخر ببدل ما يجوز فيه الاشتراك، إلا أنهم قالوا: إن الشريك يرجع علىٰ شريكه

بنصف ثمن ذلك؛ لأنه يقضي دينه من ماله فيرجع به عليه.

قال: وليس له أن يشتري جارية للوطء، ولا للخدمة بغير إذن الشريك؛ لأن الجارية مما يصح فيه الاشتراك، ولا ضرورة به إلىٰ الانفراد بملكها، فصار كسائر الأعيان، فأما الطعام والكسوة ففيه ضرورة، فأخرجت من الشركة. [٢٤٢/أ]

قال: وإن اشترىٰ أحدهما جارية ليطأها بإذن شريكه، فهو له خاصة، ولم يذكر في كتاب الشركة الاختلاف.

وذكر في الجامع الصغير فقال عند أبي حنيفة: لا يرجع عليه بشيء من الثمن، وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع عليه بنصف الثمن(١).

وجه قول أبي حنيفة: أن الجارية داخلة في الشركة؛ بدلالة أنها لو لم تدخل استوىٰ فيها الإذن وعدم الإذن، كالطعام المشترك، وإذا دخلت في الشركة فإذنه في الشراء لا يخلو: إما أن يكون لجواز الشراء، أو للانفراد بها، أو لتملكها.

ولا يجوز أن يكون لجواز الشراء؛ لأنه تملك بغير إذن، ولا يجوز أن يكون للانفراد بها؛ لأنه لا ينفرد بها وإن أذن، فلم يبق إلا أن يكون للتملك، فكأنه قال: اشتر جارية بيننا، وقد ملكتك نصيبي فيها، فيكون هذا هبة متعلقة بالشراء، وإذا اشترىٰ وقبض، صحّت الهبة.

وجه قولهما: أن الجارية مشتراة علىٰ الشركة، والإذن في الشراء لجواز الانفراد بها بعد الشركة، فلا يثبت سقوط الثمن من غير حاجة إليه.

قال: وإن شترى أحدهما جارية للوطء بإذن شريكه، فاستولدها، ثم استحقت،

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص٤٤٩.




فعلى الواطئ العقر، يأخذ المستحق بالعقر أيّهما شاء؛ لأن هذا ضمان وجب بسبب البيع، والضمان الواجب بسبب البيع يلزم كل واحد منهما كالثمن.

وليس كذلك المهر في النكاح الصحيح والفاسد؛ لأنه مال لزم بسبب النكاح، فلا يدخل في الشركة.

ولو أَقَالَ أحدهما في بيع باعه الآخر جاز عليهما؛ لأنه يملك الشراء على الشركة، والإقاله في معنى الشراء؛ ولأن الإقالة يملكها شريك العنان، فالمفاوض أولى.

وإذا مات أحد المتفاوضين، أو تفرقا، لم يكن للذي لم يل المداينة أن يقبض الدين؛ لأن الشركة بطلت بالموت، ألا ترى أنها وكالة، والوكالة تبطل بموت المُوكل؛ لبطلان أمره، وتبطل بموت الوكيل؛ لتعذر تصرفه.

وإذا بطلت الشركة، بطلت الوكالة التي في مضمونها، فلم يجز لأحدهما أن يقبض نصيب الآخر إذا لم يكن هو الذي وَلِي العقد، ويجوز قبضه في نصيب نفسه؛ لأنه موكل فيه، وقبض الموكل يجوز استحسانًا.

وأمّا الذي ولي المداينة، فله أن يقبض الجميع؛ لأنه يملك ذلك بعقد المداينة، فلا تبطل بفسخ الشركة، كما لا تبطل بالعزل.

وإذا آجر أحد المتفاوضين نفسه في خياطة أو عمل من الأعمال، والأجر بينهما نصفان، وكل كسب اكتسبه أحدهما فهو بينهما نصفان، وهذا على وجهين:

إذا آجر نفسه على عمل يصير مضمونًا عليه بالعقد، صار ذلك العمل مضمونًا على شريكه بالكفالة، فكانت الأجرة بينهما.

فأما إذا آجر نفسه في عمل لا يكون مضمونًا عليه، فالأجرة له خاصة، مثل أن يؤاجر نفسه يخدم رجلاً؛ لأن العمل ليس بمضمون عليه، فلا يستحق شريكه الأجرة مع عدم الضمان.

وقال أبو حنيفة: وإذا قضىٰ أحدهما دينًا كان عليه قبل المفاوضة، فهو جائز؛ لأنه إذا قضىٰ صار المقضي دينًا علىٰ القاضي، ثم يصير قصاصًا من طريق الحكم، وهو يملك المداينة بحكم الشركة، فلذلك جاز القضاء.

ولا تنتقض المفاوضة؛ لأن مال أحدهما العين لم يزد علىٰ مال الآخر، وليس لصاحبه سبيل علىٰ الذي قبض الدين؛ لأنه قبض مالاً للشريك أن يملكه إياه، ويرجع علىٰ شريكه بحصته منه؛ لأنه قضىٰ دين نفسه من مال غيره، فإن استرجع ذلك بطلت المفاوضة؛ لأن ملكه زاد علىٰ مال شريكه.

قال: فإن رهن به أمة من المفاوضة، وهو خمسمائة وقيمتها ألف، فإن ماتت في يد المرتهن، ذهبت بخمسمائة، ولا يضمن ما بقي؛ لأنه مودع في مقدار الأمانة من الرهن، وللمفاوض أن يودع.

وكذلك وَصِيُّ أيتامٍ رهن أمة لهم بأربعمائة عليه قيمتها ألف، فماتت في يد المرتهن، ذهبت بأربعمائة، ويكون ذلك دينًا للورثة علىٰ الوَصَيّ، وهو أمين في الفضل.

وكذلك الأب يرهن أمة ابن له صغير بدين عليه؛ وذلك لأن الأب والوصي يملكان الوديعة، وما زاد علىٰ مقدار الدين في الرهن أمانة، فيصير كالوديعة.

وقال الحسن: قال أبو حنيفة: لو أقرض أحد المتفاوضين مالاً، وأعطاه

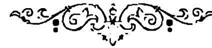



رجلاً ليأخذ به سفتجةً[١]، كل ذلك جائز عليهما، ولا يضمن تَوَيَ المال أو لم يَتْوِ.

وفي قياس قول أبي يوسف: أن الذي أقرض وأعطى السفتجة يضمن حصة شريكه من ذلك، وهذا فرع على اختلافهم في الكفالة؛ لأن الكفيل في حكم المُقْرِض، فإذا جاز ذلك عند أبي حنيفة في حق الشريك، جاز القرض، وعلى قول أبي يوسف: لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع، فكذلك القرض.

وقالوا: في أحد المتفاوضين إذا استأجر إبلاً إلى مكة ليَحِجَّ، أو ليحمل عليها متاعه من بيته، فللمؤاجر أن يطالب أيهما شاء بالأجر؛ لأن المعقود عليه مما يجوز دخوله في الشركة، ألا ترى أنه لو بدا له في حمل متاعه، فحمل عليهما متاع الشريك، جاز، وإذا دخل ذلك في الشركة كان البدل عليهما.

ولو آجر أحدهما عبدًا له ورثه، لم يكن للشريك أن يقبض الأجرة؛ لأنها بدل عما لم تدخل في الشركة، فلم يملك قبضه كالدين الذي وجب له من الميراث[٢].



(١) السَّفْتَجة: هي دفع شخص ماله في بلد لشخص آخر ليقبضه من وكيله في بلد آخر، درءًا لخطر الطريق ومؤنة الطريق. وتعرف اليوم: بالحوالة المالية. وهذا المعروف في كتب الفقه.
وفي معجم الوجيز: «السَّفْتَجة في الاقتصاد: حِوالة صادرة من دائن، يكلِّف منها قرينَه دفعَ مبلغ معين في تاريخ معيّن لإذن شخص ثالث، أو لإذن الدائن نفسه، أو لإذن الحامل لهذه الحوالة. وجمعها سفاتج». (السفتجة).

(٢) انظر: الأصل ٤/٩٠ وما بعدها.

بَابُ
من يجوز له شركة المفاوضة



قال أبو الحسن رَحمهُ الله تعالىٰ: وإذا اشترىٰ الرجلان ـ وأحدهما حرّ مسلم، والآخر عبد أو مكاتب أو وصي مأذون في التجارة ـ شركة مفاوضة، لم يصِح، وكانت شركة عنان؛ لأن المفاوضة تقتضي التساوي في المال والتصرف، والعبد والمكاتب لا يساويان الحر في التصرف؛ لأن تبرعهما لا يجوز، وتبرع الحر جائز، وكفالتهما لا تصح، وإذا لم يتساويا في التصرف لم تجز الشركة.

وكذلك العَبْدَانِ والصَّبِيَّانِ والمُكَاتَبَان إذا اشتركوا؛ لأن المفاوضة تقتضي الكفالة، وكفالة هؤلاء لا تصح، وإنما كانت الشركة عنانًا؛ لأنه...[1] قد فيها شرط لا يُعتبر في العنان، فبطل معنىٰ المفاوضة وبقي معنىٰ العنان.

وقال أبو حنيفة ومحمد: لا تصح المفاوضة بين المسلم والذِّمِّيّ، وقال أبو يوسف: تَصِحُّ.

وجه قولهما: أن المسلم والذمي لا يتساويان في التصرف؛ إذ الذمي يتصرف في الخمر والخنزير دون المسلم، وعدم التساوي في التصرف يمنع جوازها.

وجه قول أبي يوسف: أن الخمر والخنزير مستثنىٰ من شركتهما، وهما حران تجوز كفالتهما ووكالتهما كالمسلمين. [٢٤٢/ب]

(١) كلمة غير مقروءة.

وأما المسلم والمرتد فلا تجوز الشركة في قولهم. هكذا ذكر أبو الحسن، ورواه عيسىٰ.

وقال محمد في الأصل: قياسُ قول أبي يوسف أن يجوز.

فأمّا علىٰ أصل أبي حنيفة؛ فلأن المرتد موقوف التصرف، وملكه موقوف فلم يساو المسلم في الملك ولا في التصرف، فلم تجز شركتهما.

وأمّا محمد فقال: كُفْرُ أحد الشريكين يمنع صحة المفاوضة كالذمي.

وأمّا أبو يوسف يُفرّق بين المُرتد والذمي؛ لأن مِلْكَ المرتد معرض للزوال، وتصرفه ناقص، ألا ترىٰ أن حاكمًا لو حكم ببطلان تصرفه وزوال ملكه نفذ حكمه، وإذا انتقض ملكه وتصرّفه حل محل المكاتب.

وأمّا إذا شارك المسلم مرتدةً، فلا يجوز. ذكره أبو الحسن، وهذا ظاهر علىٰ أصل أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الكفر عندهما يمنع من انعقاد الشركة، كالكفر الأصلي.

فأمّا أبو يوسف، فالكفر عنده لا يمنع، وإنما لم يجز في المرتد لنُقصان ملكه وتصرفه، وهذا لا يُوجد في المرتدة؛ لأنها لا تقتل، فكان الواجب أن تجوز الشركة.

ويجوز أن يقال: إن الردة تمنع صحّة المفاوضة، كالرجل.

وأمّا إذا تفاوض الذمّيان، جازت مفاوضتهما وإن اختلف دينهما؛ لأنهما يتساويان في تمام الملك والتصرف، وتصح كفالتهما كالمسلمين، واختلافهما في الدين غير مؤثر؛ لأنه لا يوجب اختلاف التصرف.




وأمّا إذا تفاوض المرتدان، أو اشتركا شركة عنان، فذلك موقوف عند أبي حنيفة على أصله: أن عقود المرتد موقوفة، فإن أسلم جاز عقدهما، وإن قُتلا على ردتهما أو لحقا وحكم بلحاقهما، بطل تصرفهما.

فأمّا على قولهما: فشركة العنان جائزة؛ لأن عقودهما تامة جائزة.

فأمّا المفاوضة فينبغي أن لا تجوز؛ لأن عند أبي يوسف نقصان الملك يمنع المفاوضة، وملكهما ناقص؛ لأن الحاكم لو حكم بزواله نفذ حكمه، فصارا كالمكاتبين.

وأمّا محمد فمن أصله: أن المرتد كالمريض في عقوده، وكفالة المريض لا تصح إلا من الثلث، والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على الإطلاق.

وأما إذا شارك مسلم مسلمًا، ثم ارتد أحدهما، فإن قتل أو لحق فحكم بلحاقه، بطلت الشركة، وإن رجع مسلماً قبل ذلك فهما على الشركة؛ لأنه إذا قتل أو لحق بدار الحرب فحكم بلحاقه، زالت أملاكه عند أبي حنيفة من حين ارتد، فكأنه مات، فتبطل شركته، وإن أسلم زالت المراعاة في ملكه، فكأن الردة لم تكن.

ولهذا قال أبو حنيفة: إن المرتد منهما إذا أقرّ ثم قتل، لم يلزمه إقراره، ولم يلزم شريكه؛ لأن الملك يحكم بزواله من حين الردة، فقد أقر بعد بطلان الشركة[1].

فأمّا على قولهما: فإقراره جائز على شريكه، وكذلك بيعه وشراؤه؛ لأن

(١) انظر: الأصل ٤/٨٧، ١٠٨.




الشركة عندهما بطلت بالقتل والحكم، فما قبل ذلك الشركة باقية، فينفذ تصرفه وإقراره.

قال: ويكره للمسلم أن يُشارك الذمي؛ لأنه يعقد عقودًا لا تجوز في الإسلام، فيحصل الكسب من وجهٍ محظور على المسلم؛ ولهذا كرهوا توكيل المسلم للذِّمِّي[1].



(١) انظر: الأصل ٤/٨٨، ٨٩، ١٠٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٢٤٣.

بَابُ
شركة الوجوه



قال أبو الحسن: إذا اشترك الرجلان على أن يشتريا ويبيعا بوجوههما، على أن ما اشتريا أو أحدهما فهو بينهما نصفان، أو شرطا أن لأحدهما من ذلك الثلثين، وللآخر الثلث، أو أرباعًا، أو كيفما شرطا وقوع الملك في المشترى بينهما، فهو جائز، والربح بينهما على قدر ملكهما فيما اشتريا، ولكل واحد منهما حصة ملكه، لا يجوز أن يفضل أحدهما على ربح صاحبه شيئًا.

وقد بيّنا جواز هذه الشركة، وأنها منعقدة على الضمان، والضمان يستحق به الربح، فمقدار ما ضمن كل واحد منهما بالعقد له ربحه.

فإن شرط له أكثر من نصيبه لم يجز؛ لأنه شرطُ ربحٍ له له من غير مال ولا ضمان، وذلك لا يجوز.

فإن قيل: يجوز أن يكون فضل الربح شرطاً لفضل العمل.

قيل له: العمل الذي يستحق به الربح في الشركة، إنما يكون إذا انعقدت على العمل في مال معلوم، كالمضاربة وشركة العنان، وفي مسألتنا لم يشرط العمل في مال معين، فلم يجز استحقاق الربح بالعمل، كرجل قال لرجل: أنا أدفع إليك ألفًا مضاربة على أن تعمل بالنصف، ولم يعينها، لم تجز المضاربة؛ لأنه لم يشترط العمل في مالٍ بعينه.




قال: وهما في جميع ما يجب لهما، وما يجب عليهما، وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه، وما لا يجوز بمنزلة شريكي العنان؛ لأنهما أطلقا الشركة، والشركة المطلقة تقتضي العنان.

فإن اشتركا بوجوههما شركة مفاوضة، فذلك جائز؛ لأنهما ضمّا إلى الوكالة الكفالة، وذلك جائز، إلا أنه لا بدّ من التساوي فيما يبتاعانه؛ لأن المفاوضة تمنع من التفاضل[1].



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٢٤٩.




بَابُ
الشركة بالأعمال



قال ﷺ: قد بيّنا جواز شركة الصنائع مع [اتفاق][1] الصنعة واختلافها، فإذا أطلقت فهي عنان، وإن شرطا فيها المفاوضة، فهي مفاوضة؛ لأنهما ضمّا إلى الوكالة الكفالة، وذلك جائز.

فإن عمل أحدهما دون الآخر، والشركة عنان أو مفاوضة، فالأجر بينهما على ما شرطا؛ لأن العمل استحق عليهما بالعقد، فإذا انفرد به أحدهما معينًا لصاحبه في نصف العمل، والأجر لمن لزمه العمل بالعقد، كالقصَّار إذا استعان برجل في القصارة.

قال: وإن شرط لأحدهما فضل عن صاحبه، وعملهما واحد أو متفرق، فاشترط لأحدهما الثلثين، أو ثلاثة أرباع، وللثاني ما بقي، فهو جائز على ما شرطا إذا كانا قد شرطا العمل جميعًا، وعمل بعد ذلك الذي شرط الكثير أو لم يعمل، وهذا إنما يصح في شرط الزيادة.

وإذا شرطا التفاضل في ضمان ما يقبلانه، فاستحق زيادة الأجر بزيادة الضمان، فأمّا أن يستحق الربح على التفاضل والعمل متساوي، فلا يجوز؛ لما قدمنا في شركة الوجوه؛ لأن العمل إنما يستحق به الربح إذا شرط في مال بعينه.

وحكي عن أبي الحسن أنه علل لهذه المسألة فقال: المنافع غير مقوّمة إلا

(١) في الأصل (اختلاف)، والمثبت بحسب ما يقتضيه السياق.




بعقد، والشريك قد قوّمها بمقدار ما شرط لنفسه؛ فلذلك لم يستحق الزيادة عليها.

قال أبو بكر: لا يجوز أن يستحق الفضل بالعمل، وإنما يستحق بزيادة الضمان، ألا ترىٰ أن عمل أحدهما لو كان أفضل من عمل الآخر، فشرط أدونهما عملاً الثلثين، جاز ذلك، فعلم أن زيادة [٢٤٣/أ] الأجر يستحق بفضل الضمان، لا بفضل العمل.

قال: فأما الوضيعة فلا تكون بينهما إلا نصفين علىٰ قدر عملها، وإن كانا شرطا أن ما يتقبلان من شيء فثلثاه علىٰ أحدهما بعينه، وثلثه علىٰ الآخر، والوضيعة نصفان، فالقبالة[١] بينهما علىٰ ما شرطا، والربح علىٰ ما شرطا، واشتراطهما الوضيعة باطل، وهي علىٰ قدر ما شرطا، علىٰ كل واحد منهما من القبالة.

وقياس القبالة شركتهما بالأموال العين علىٰ ما وصفت لك؛ وذلك لأن الربح إذا انقسم علىٰ قدر الضمان كانت الوضيعة علىٰ قدر ذلك، ألا ترىٰ أن المال يجوز أن يستحق فيه الربح بالشرط، أولىٰ أن تكون الوضيعة علىٰ قدر الضمان.

قال محمد في إملائه: ولا يشبه شركتهما في القَبَالة شركتهما بالدَّيْن؛ لأنهما حين تقبلا لم يلزمهما مال بضمانه ثمنًا للقبالة، فلا يقاس علىٰ الشراء بالدين، وإنما يقاس فيما يتقبلانه من أعمال شركتهما بالمال العين في جميع ما وصفت لك، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولنا.

وهذا القول من محمد يدل علىٰ أن ما قاله أبو الحسن: أن زيادة الشرط في

---

(١) القَبَالة: من «القبيل: الكفيل، والجمع قُبُل وقُبَلاء، ومَنْ تَقَبَّل بشيءٍ وكتب بذلك عليه كتاباً، فاسم ذلك الكتاب المكتوب عليه: القَبَالة». المغرب (قبل).




شركة الصنائع تستحق بفضل العمل كما تستحق في شركة العنان، وإن كان ذلك مفارقاً لشركة الوجوه التي تستحق فيها الربح بالضمان.

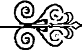
قال بشر عن أبي يوسف في كتاب المضاربة: ولو أن شريكين اشتركا في عمل يعملانه، كل واحد منهما له عمل غير عمل صاحبه، فمرض أحدهما، أو بطل، أو سافر، فما عمل الآخر فهو بينهما، وكذلك ما عمل المسافر؛ لأن ما تقبله كل واحد منهما يجب عمله عليهما، فإذا انفرد أحدهما بالعمل كان معينًا للآخر.

قال: ولو شرط لأحدهما ثلثي الكسب، وللآخر الثلث علىٰ أن العمل عليهما نصفان، أو علىٰ أن العمل عليهما ثلثان أو ثلث، فالشركة جائزة، ما خلا أن يشترط العمل نصفين، والأجرة والكسب أثلاثاً.

قال: ولو اشتركا ولم ينسبا العمل إلىٰ نصفين، واشترطا الكسب أثلاثًا، فهو جائز؛ وذلك لأنهما لما اشترطا العمل نصفين والكسب أثلاثًا فقد شرط لأحدهما بدل عمل الآخر، وذلك لا يصح.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إذا دفع رجل إلىٰ أحدهما عملاً، فله أن يأخذ بذلك العمل أيهما شاء، ولكل واحدٍ منهما أن يُطالبه بأجرة العمل، وإلىٰ أيهما دفع صاحب العمل برئ، وعلىٰ أيهما وجب ضمان العمل كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر، وإن لم يتفاوضا ولكن اشتركا شركة مبهمة، وهذا استحسان.

وقال بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: إذا جنت يد أحدهما، فالضمان

عليهما جميعًا، يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك.

وجه القياس: أن هذه الشركة شركة عِنَان، فما لزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر، وما يثبت لكل واحدٍ منهما بعقده، لا يطالب به الآخر.

وجه الاستحسان: أن هذه الشركة مقتضاها الضمان، ألا ترىٰ أن العمل الذي يتقبله أحدهما مضمون علىٰ الآخر؛ ولذلك يستحق الأجر، وإذا كان الضمان مقتضاها أجروها في باب ضمان العمل، واقتضاء البدل مجرىٰ المفاوضة، ولم يجعلوها مفاوضة من غير هذا الوجه؛ لأنهم قالوا في الدين إذا أقر به أحدهما من ثمن صابون، أو أشنان، أو عمل من علم الفعَلة، وكذلك أجر أجير، أو بيت لمدّة قد مضت، فإنه لا يصدق علىٰ صاحبه إلا ببينة، ويضمن ذلك خاصّة ولا يرجع عليه ببيّنة أو إقرار من صاحبه إذا كان ذلك مُستهلكًا، وكانت المدة قد مضت في الإجارة.

وإن كانت الإجارة لم تمض، أو المبيع لم يستهلك، لزمهما جميعًا بإقراره وإن جحد شريكه، فدل علىٰ أنهم جعلوهما كشريكي العنان في هذا الوجه، وأجروها مجرىٰ المتفاوضين في لزوم العمل والمطالبة بالأجر لما قدّمنا.

وقال أبو يوسف: إن ادُّعي علىٰ أحدهما ثوب عندهما، فَأَقَرَّ أحدهما وجحد الآخر، جاز علىٰ الآخر، ويدفع الثوب، ويأخذ الأجر، وليس هذا بقياس، وإنما هذا استحسان؛ لأنهما ليسا بمتفاوضين، فيصدّق كل واحد منهما علىٰ صاحبه أنهما شريكان شركة عنان، ولكن ندع القياس في هذا ونستحسن.

وجه القياس: أن الثوب في أيديهما، فإذا أَقرَّ أحدهما وجحد الآخر، فقد

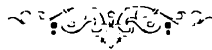



أقرَّ أن المُدَّعَىٰ فيما في يده دون ما في يد شريكه، كشريكي العنان إذا أقر أحدهما بثوب من شركتهما.

وجه الاستحسان: أن كل واحد منهما لما لزمه كل العمل، كان له المطالبة بالأجر، وعليه المطالبة بالعمل، ويلزمه ما حدث من عمل شريكه، صار كالمتفاوضين، فإذا أقر أحدهما لزم الآخر.

وقال ابن سماعة عن محمد: لا يقبل إقرار أحدهما علىٰ الآخر، ويجوز فيما في يد المقر، وفي الشيء الذي أقر به خاصة دون ما في يَدِ صاحبه منه، إنْ كانت الشركة نصفين، صدق في نصف ما أقرّ به.

وهذا الذي قاله محمد هو القياس؛ لأن الشيء في أيديهما، وشركتهما عنان، وإنما استحسن في ضمان العمل والمطالبة بالأجر، فما سوىٰ ذلك باقٍ علىٰ أصل القياس[1].



(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٢٥٠ وما بعدها.




بَابُ
الشركة الفاسدة



قال أبو الحسن: وإذا اشترك الرجلان في الشيء المباح يملكه من أخذه بالأخذ: مثل الصيد، والحَطَب، والحشيش، وما يكون في الجبال من الثمار، ومن المعادن في التراب وما أشبهه، علىٰ أن يصيدا، أو يحتطبا، أو يحتشا، أو يسقيا الماء ويبيعانه، علىٰ أن ما أصابا من ذلك فبينهما، فالشركة فاسدة، ولكل واحد منهما ما أخذ ملكًا له، وثمنه أو ربحه ووضيعته عليه؛ وذلك لأن كل واحد منهما ملك ما أخذه بالأخذ، فليس لشريكه عليه سبيل(١).

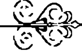
ولأن الشركة تنعقد علىٰ ما تنعقد عليه الوكالة، ولو وَكَّلَ رجل رجلاً يصطاد له، لم تصح الوكالة، فكذلك لا تجوز الشركة.

ولأنّ كل واحد منهما يريد أن يستحق كسب الآخر من غير مال، ولا ضمان، ولا عمل، وذلك لا يجوز.

وإذا لم تصح الشركة، كان لكل واحد منهما ما أخذ؛ لأنه ملكه بالأخذ، فإن أخذ كل واحدٍ علىٰ الانفراد وخلطاه وباعاه، فإن كان مما يُكال أو يُوزن، قُسِّمَ الثمن بينهما علىٰ قدر الكيل الذي لكل واحد منهما أو الوزن.

وإن كان لا [٢٤٣/ب] يُكال ولا يُوزن، قُسِّمَ الثمن بينهما، يضرب كل واحد

(١) انظر: الأصل ٤/١١٣.

منهما بقيمة الذي له؛ لأن المكيل والموزون غير متفاوت والثمن بدل عنه، فاستحق كل واحد منهما من الثمن بمقدار ملكه.

وإن كان مما لا يكال ولا يوزن، وهو متفاوت، قسم الثمن على قيمته.

فإن لم يُعْرَف الكيل والوزن والقيمة، فكل واحد منهما يُصَدَّقُ فيما يَدَّعِي إلى النصف من ذلك، فإن ادّعى أكثر من النصف فعليه البينة؛ وذلك لأنه في أيديهما، والتساوي في اليد يقتضي التساوي في الملك.

فإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله أو جمعه، فله أجر مثله لا يتجاوز به نصف ثمن ذلك في قول أبي يوسف.

وقال محمد: له أجر مثله بالغًا ما بلغ.

وإنما وجب الأجر؛ لأن الأخذ في المباح قَدَّمْنَا أنه سبب للملك، وقد استوفى منفعة الأجر بعقد فاسدٍ، فكان له أجر المثل.

قال أبو يوسف: لا يجاوز به المُسَمَّى؛ لأنه رضي بذلك، فسقط ما زاد عليه، كمن قال لرجل: بع هذا الثوب على أن لك نصف ثمنه، فباعه، كان له أجر المثل لا يتجاوز به نصف الثمن.

وجه قول محمد: أن الأجر لا يزاد على المسمّى؛ لأنه لما رضي بالتسمية وهي قدر معلوم، أسقط ما زاد عليه، ونصف الحطب في مسألتنا ليس بمعلوم حتى يكون مسقطًا لما زاد عليه من أجر مثله؛ ولهذا يستحق أجر المثل وإن لم يجمع ما له قيمة.

قال: وإن كان لهما كلب فأرسلاه جميعًا، كان ما أصاب بينهما؛ لأنهما




تساويا في سبب الاستحقاق.

ولو كان الكلب لأحدهما، أو كان في يده فأرسلاه جميعًا، كان ما أصاب الكلب لصاحبه خاصّة؛ لأن إرسال غير المالك لا يعتد به مع إرسال المالك، فصار كأن المالك أرسله بنفسه.

فإن كان لكل واحد منهما كلب، فأرسل كل واحد منهما كلبه، فأصابا صيدًا واحدًا، كان بينهما نصفين؛ لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق.

فإن أصاب كلب كل واحد منهما صيدًا على حدة، كان له خاصة؛ لأنه ملك بفعله، فاختصّ به دون غيره[1].



(١) انظر: الأصل ٤/١١٣ وما بعدها.

بَابُ
الرجلان يشتركان في الحمل على الإبل أو غيرها



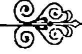
قال أبو الحسن: وإذا اشترك الرجلان ولأحدهما بغل ولآخر بعيرٌ، فاشتركا علىٰ أن يؤاجرا ذلك، فما رزَقَ الله تعالىٰ من شيء فهو بينهما، فآجراهما جميعًا بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل معلوم، فإن هذا فاسد لا يجوز، ويقسم الأجر بينهما علىٰ مثل أجر البغل ومثل أجر البعير.

وإنما فسدت هذه الشركة؛ لأن الوكالة لا تصح علىٰ هذا الوجه[1]، ألا ترىٰ أن رجلاً لو قال لرجل آخر: آجر بعيري علىٰ أن أجْرَتَهُ بيننا، لم يصح، فكذلك الشركة؛ ولأن الأعيان لا تصح الشركة فيها، فكذلك منافعها.

وإذا فسدت الشركة فالإجارة صحيحة؛ لأنها وقعت علىٰ منافع معلومة ببدل معلوم، ومن حكم الإجارة أن يقسم الأجر علىٰ قيمة المنافع كما يقسم الثمن علىٰ قيمة المبيعين المختلفين.

ولو تقبّلا حمولةً معلومة بأجر معلوم، ولم يؤاجر البغل والبعير، فحملا الحمولة علىٰ ذلك، فالأجر بينهما نصفان؛ وذلك لأن الحمل صار مضمونًا عليهما بالعقد، فكان البدل بينهما علىٰ قدر الضمان، وقد تساويا في الضمان، ولا معتبر لزيادة حمل البعير علىٰ البغل، كما لا يعتبر في شركة الصنائع بكثرة عمل أحدهما أو بكون أحدهما أحذق من الآخر.

(١) انظر: الأصل ٤/١١٦.




قال: ولو آجر البعير بعينه، كانت أجرته لصاحبه دون صاحب البغل، وكذلك لو آجر البغل بعينه، كان الأجر لصاحب البغل دون صاحب البعير؛ لأن العقد وقع على منافع البعير بإذن مالكه، فكان الأجرُ له.

قال: وإن كان الآخر أعانه على الحمولة والنقل، كان للذي أعانه أجر مثله لا يجاوز به نصف الأجر الذي آجرا به في قول أبي يوسف.

وقال محمد: أجرُ مثله بالغًا ما بلغ(١).

وإنما وجب على صاحب البعير الأجر؛ لأنه استوفى منفعة شريكه بعقد فاسد، والمنافع تتقوم بشبهة العقد.

ومن أصل أبي يوسف: أنه لا يجاوز بأجر المثل المسمى، معلومًا كان أو مجهولاً، وقد رضي الشريك بنصف الأجرة.

فأمّا محمد فقال: إن كان المُسمَّى مجهولَ القَدْر، فله أجرُ مثله بالغًا ما بلغ، وقد بيّنا هذا في شركة الاحتطاب.

قال: ولو أن قصارًا له أداة القصارين، وقصارًا له بيت، اشتركا على أن يعملا بأداة هذا في بيت هذا، على أن الكسب بينهما نصفان، كان هذا جائزًا، وكذلك [الصاغة](٢) والخيّاطون، والصَّبَّاغون؛ وذلك لأن الكسب هاهنا بدل عن العمل، وقد صارَ العمل مضمونًا عليهما، فبدله لهما، وأحدهما معين للآخر بنصف الآلة، والآخر معين له بنصف الدكان.

---

(١) انظر: المصدر السابق نفسه.

(٢) في النسختين (الصناع) والمثبت من الأصل ٤/١١٦.

ونظيره في المسألة المتقدمة أن يتقبلا الحمولة ثم يحملاها على بهائمهما.

ولو أن رجلين اشتركا ولأحدهما دابَّة وللآخر إكاف وجوالقات، فاشتركا على أن يؤاجرا الدابة على أن أجرها بينهما نصفان، كانت الشركة فاسدة، وأجر الدابة لصاحبها، وللرجل معه أجر المثل في قولهم(1).

أمّا فساد الشركة؛ فلما قدمنا.

وأما الأجر، فهو بدل عن منافع الدابة، فكان لصاحبها، وقد استوفى منافع آلة الآخر بعقد فاسد، فكان عليه أجر مثلها.

قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً دفع [دابة] إلى رجل ليؤاجرها على أن الأجر بينهما كان ذلك فاسدًا، والأجر لصاحب الدابة، وللآخر أجر مثله، وكذلك السفينة والبيت؛ لأن الوكالة على هذا الوجه لا تصح، فلم تصح الشركة، والأجرة لصاحب الدابة؛ لأن العاقد عقد على ملك الغير بأجرة، وللآخر أجر مثله؛ لأن صاحب الدابة استوفى منافعه بعقد فاسد.

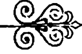
ولو كان دفع إليه الدابة ليبيع عليها البَزَّ أو الطعام على أن الربح بينهما نصفان، كان فاسدًا، والربح لصاحب المتاع، ولصاحب الدابة أجر مثلها، وكذلك البيت؛ لأن الكسب حصل للعاقد بعقده وبربح ماله، فكان له، وقد استوفى منافع الدابة بعقد فاسد، فكان عليه أجرها(2). [٢٤٤/أ]



---

(١) انظر: الأصل ١١٧/٤.

(٢) انظر: الأصل ١١٧/٤، ١١٨.




بَابٌ
الرجل يقول للرجل ما اشتريت من شيء فبيني وبينك



قال أبو الحسن: أصل هذا الباب: أن ينظر ما عقداه بينهما، هل يوجب أن يكون فيما اشتريا منزلة الشريكين في البيع والشراء؟ فإن كان يوجب ذلك، وليس يحتاج إلىٰ توقيت وقت في ذلك، ولا صنف في المتاع، ولا قدر من المال.

فإن كان ما عقدا علىٰ غير هذا الوجه، إنما قصدا أن يكون ما اشتريا بينهما خاصة بعينه، ولا يكون فيه بمنزلة شريكي التجارة، وإنما يكون الشيء المشترىٰ بينهما كما يكون إذا ورثاه أو وهب لهما، فلا بد من أن يذكرا وقتًا أو صنفًا أو قدرًا من الصنف أو رأس المال، فإن لم يذكرا شيئًا من ذلك، لم يجز ما عاقدا عليه(١).

وهذه الجملة التي ذكرها أبو الحسن صحيحة؛ لأن الشركة لا تفتقر إلىٰ تسمية ما يشتريانه، ولا إلىٰ بيان قدره؛ لأنها تقع عامة، فإن خصّا شيئًا اختصت، وإن أطلقا كانت علىٰ عمومها.

وإذا كان مقتضاها العموم لم يفتقر إلىٰ التخصيص الذي ليس هو مقتضاها، وأما الوكالة، فمن حكمها أن تقع خاصة.

ولهذا قالوا فيمن قال: وَكَّلْتُكَ في هذا المال، كان وكيلاً في الحفظ دون التصرف؛ لأنا لما لم نثبت العموم أثبتنا أدنىٰ ما يقتضيه اللفظ، وهو الحفظ.

---

(١) انظر: الأصل ٤/٦٠، ٦١.

ثم الوكالة على ضربين: إذا لم يفوض إلى الوكيل الرأي عامًا، فلا بد من تسمية جنس ما وكّله به، ومع الجنس أيضًا إما الصفة أو مقدار البدل، وكان القياس أن لا يجوز حتى يذكر مع الجنس الصفة والثمن، ولكنهم استحسنوا وقالوا: إن قدر الثمن يعلم بصفةٍ في المبيع، والصفة تعلم به، فقام أحدهما مقام الآخر.

والنوع الثاني من الوكالة: إذا فوّض إلى الوكيل الرأي مطلقًا فيما يشتريه، مثل أن يقول: ما اشتريت لي من شيء فهو جائز، فلا بد من ذكر الوقت، مثل أن يقول: اليوم، أو شهر كذا، أو سنة كذا، أو يذكر مبلغ الثمن فيقول: ما اشتريت لي من شيء بكذا، أو يذكر نوع ما يشتريه فيقول: ما اشتريت لي من البَزِّ، أو من الدقيق؛ لأن هذه الوكالة لما فوّض الرأي فيها إلى الوكيل جرت مجرى الشركة في احتمال الجهالة، إلا أنها وكالة، ومن حكم الوكالة الخصوص، فلو جوّزناها مطلقة من غير تخصيص جعلناها شركة من كل وجه، فأعطوها الشبه من الأصلين، فقالوا: إذا وَقَّتَ المدة، أو سمّى النوع، أو الثمن، فقد وقعت خاصة من وجه، فجازت، وإن أطلق، لم يصح.

قال بشر: سمعت أبا يوسف يقول لرجل: ما اشتريت اليوم من شيء فبيني وبينك، فقال: نعم، قال أبو حنيفة: هذا جائز، وكذلك قال أبو يوسف: وكذلك إن وقّت مالاً ولم يوقت يومًا، وكذلك إن وقّت صنفًا من الثياب وسمّى عددًا ولم يُسم ثمنًا ولا يومًا، فهذا جائز.

فإن قال: ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك، ولم يسمّ ثمنًا ولا يومًا، فإن أبا حنيفة قال: لا يجوز، وكذلك قال أبو يوسف؛ وهذا على ما بيّنا؛ لأنه لما

ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا ما يدل على شركة العقود، علم أنها وكالة، فلا تَصِحُّ إلا بضرب من التخصيص على ما قدمنا.

قال: إلا أن يشتركا فيقولا: ما اشترينا، أو ما اشترى أحدنا من تجارته، فهو بيننا، فهذا جائز؛ وذلك لأنهما لما جعلا ما يشتريه كل واحد بينهما، عُلم أنهما أرادا الشركة؛ لأن العادة لم تجر أن يوكِّلَ الوكيل المُوَكِّل، فعلم أنها شركة، فلم تفتقر إلى الخصوص.

وقال بِشْر عن أبي يوسف في رجل قال لآخر: ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك، فقال: نعم، قال: هذه شركة غير مُسمَّاة ولا معلومة، فإن قال: ما اشتريت اليوم من شيء، أو وقَّت شهرًا أو سنةً، أو وقَّت البيع فقال: ما اشتريت من الحنطة إلى كذا أو كذا فبيني وبينك، فهذا جائز.

وكذلك إن قال: فإنّا شريكان، أو قال: أشركني فيه، أو قال: فهو لي ولك، وهذا على ما بيّنا أنها وكالة، فلا بد فيها من ضربٍ من التخصيص.

وإن سمّى صِنْفًا من النوع، ولم يُوَقِّتْ مُدَّةً من الأيام، ولا وقتًا، فسمّى من ذلك النوع فقال: ما اشتريت من الحنطة من قليل أو كثير فهو بيني وبينك، ولم يوقت ثمنًا، ولا كيلاً، ولا أيامًا، فإن هذا لا يجوز.

وكذلك الدقيق في جواز الوكالة أن يُبيّن مدة معلومةً، أو مالاً مسمّى، أو نوعًا، فذكر قدرًا منه، فإن لم يذكر لم يصح.

وكذلك ذكر في المسألة الأولى: إذا وَقَّتَ صنفًا من الثياب وسمّى عددًا ليدخل الخصوص فيما وَكَّلَهُ فيه، فتفارق الشركة.

وقال محمد في الأصل: إذا اشترك الرجلان بغير مالٍ علىٰ أن ما اشتريا اليوم فهو بيننا، فخصّا صنفًا من الأصناف، أو عملاً، أو لم يخصا، فهذا جائز، وكذلك لو لم يوقتا للشركة وقتًا، كان هذا جائزًا؛ لأنهما لما جعلا ما يشتريه كل واحد منهما بينهما، عُلِمَ أنها شركة، وليست بوكالة؛ لأن الوكالة في العادة لا تقع في الطرفين، والشركة لا تفتقر إلىٰ التخصيص.

فإن أشهد أحدهما أن ما يشتريه لنفسه بغير محضر من صاحبه، فكل ما اشترىٰ من شيء فهو بينهما؛ وذلك لأن الشركة لما صحّت صارَ كل واحد منهما وكيلاً للآخر فيما يشتريه، فإذا أشهد أنه يشتريه لنفسه، فهذا إخراج له من الوكالة بغير محضر من الموكل، فلا يخرج[1].



(١) انظر: الأصل ٤/٦١.




بَابُ
الرجل يشتري الشيء فيقول له الآخر: أشركني فيه



قال أبو الحسن: وإذا اشترىٰ الرجل شيئًا، فقال له آخر: أشركني فيه، فهذا بمنزلة البيع والشراء إن كان قال له: أشركني قبل أن يقبض ما اشترىٰ، فقال: قد أشركتك، فذلك لا يجوز؛ لأنه باع قبل القبض.

وإن كان بعد القبض، جاز ولزمه نصف الثمن إن كان علم بالثمن، وإن كان لم يعلم، فهو بالخيار: إن شاء أخذ، وإن شاء ترك[1].

والأصل في هذا: أن قوله: أشركني، التماس للبيع، بدلالة أن أبا بكر لما اشترىٰ بلالاً قال له النبي ﷺ: «**الشركة يا أبا بكر**[2]، فقال: قد أعتقته يا رسول الله»، فَدَلَّ علىٰ أن الشركة تمليك حتىٰ منع منها العتق؛ ولأنه لما قال: أشركني، فكأنه قال: ساوِني فيما ابتعته، ولا يساويه فيه إلا أن ينتقل إليه نصفه بنصف الثمن، فإن أشركه فيه قبل أن يقبض وهو مما ينقل ويُحَوَّلُ فذلك باطل؛ لأن بيع ما يُنقل ويحول قبل القبض لا يجوز.

[٢٤٤/ب] وإن كان بعد القبض وقد عرف مقدار الثمن جاز؛ لأنه بيع بثمن معلوم، وإن لم يعرف مقدار الثمن، فهو بالخيار.

ومن أصحابنا من قال: البيع فاسد، فإذا عرف مقدار الثمن زالت الجهالة

---

(١) انظر: الأصل ٤/٥٨، ٥٩.

(٢) رواه أبو القاسم في تاريخ دمشق ١٠/٤٤٢؛ والبصري في الطبقات الكبرىٰ ٣/٢٣٢.

المفسدة للبيع، فكان بالخيار.

ومنهم من قال: البيع جائز؛ لأن الثمن في نفسه وإن جهله المشتري، كما أن بيع ما لم يره جائز؛ لأنه معلوم في نفسه وإن جهله المشتري، فإذا وقف على قدره واستفاد علمًا بالبدل، لم يكن عالمًا به، ثبت له الخيار، كما يثبت للمشتري إذا رأى ما اشتراه ولم يكن رآه.

فإن كان قبض نصفه ولم يقبض النصف، فقال رجل: أشركني في هذا الكر بنصف الثمن، وهو مسمّى قد عرفاه جميعًا، ففعل، فإن الشركة لا تجوز فيما لم يقبض، وتجوز فيما قبض، ويكون للشريك نصف المقبوض إن شاء؛ لأنه لما شاركه في الكر، فقد أشركه فيما قبض وفيما لم يقبض، وفيما لم يقبض لا يصح الاشتراك فيه، وفيما قبض يصح ذلك فيه، فكان شريكًا في المقبوض، وله الخيار؛ لأن الصفقة تفرقت عليه.

ولو كان كُرٌّ بين رجلين، فسأل أحدهما رجل الشركة ففعل، كان ذلك جائزًا إن أجاز شريكه، فله النصف كاملاً، وإن لم يجز، فلهذا المشترك نصف النصف إن شاء؛ وذلك لأن قوله: أشركني في هذا الكُرّ، يقتضي تمليك النصف من النصفين، فإذا أجاز الشريك جاز، وإن لم يجز، بطل الاشتراك في نصيبه وبقي في نصيب العاقد.

ولا يجوز أن يقال: فهلا أوقعتم العقد على جميع نصيب العاقد؛ وذلك لأنا لو فعلنا هذا لم يكن أشركه، وإنما أفرده بملكه، والاشتراك يقتضي التساوي، وليس هذا كما لو باع أحد الشريكين نصف الكر أنه يكون بائعًا لحصته؛ لأن البيع لا يقتضي بقاء حقه، فإذا لم يجز في نصيب شريكه نفذ في نصيبه، والاشتراك




يقتضي تبقية حقه.

قال أبو يوسف: لو أن رجلاً في بيته حنطة يدّعيها كلها، فأشرك رجلاً في نصفها، فلم يقبض حتىٰ احترق نصف الطعام، فإن شاء المشترك أخذ نصف ما بقي، وإن شاء ترك، وكذلك البيع في هذا الوجه؛ لأن الشركة والبيع وقعا علىٰ نصف الكر، فما هلك هلك علىٰ الحقين، وما بقي بقي علىٰ الحقين، وله الخيار إذا كان ذلك قبل القبض؛ لأن الصفقة تفرقت عليه.

قال: وإذا استحق نصف الطعام، اختلفت الشركة والبيع: فكان البيع علىٰ النصف الباقي، وكان الاشتراك في النصف الباقي بينهما، وللمشترك الخيار؛ وذلك لأن الاستحقاق بَيَّنَ أن الطعام كان مشتركًا في الأصل، وقد بَيَّنَّا أن الطعام المشترك إذا أشرك أحدهما فيه، كان للمشترك نصف نصيبه وإن باعه، وإن باعه نصفه كان بائعًا لجميع نصيبه، فكذا هذا.

وإذا اشترىٰ الرجلان عبدًا، فأشركا فيه رجلاً بعد القبض، فالقياس: أن يكون للرجل النصف، والاستحسان: أن يكون له الثلث، ذكره في الأصل، وبه نأخذ.

وجه القياس: أن كل واحد منهما لو أشركه علىٰ الانفراد استحق نصف نصيبه، فكذلك إذا أشركاه معًا.

وجه الاستحسان: أن الشركة تقتضي المساواة، فإذا قالا له: أشركناك، فكأنهما قالا له: ساويناك، فيقتضي أن يكون نصيب كل واحد منهما كنصيب الآخر.

وليس كذلك إذا أشركه واحد بعد واحد؛ لأن كل واحد ساواه في نصيبه،

فاستحق النصف.

ولو أشرك أحد الرجلين في نصيبه ونصيب صاحبه، فأجاز شريكه ذلك، كان للرجل النصف، وللأولين النصف؛ وذلك لأن الإشراك في النصيبين لما انفرد به كل واحدٍ منهما: هذا بالعقد، وهذا بالإجازة، صار كما لو أشركاه منفردين.

ولو أشركه أحدهما في نصيبه ولم يبين في كَمْ أشركه، ثم أشركه الآخر أيضًا في نصيبه، فإن للرجل نصف العبد، ولكل واحد من الأولين الربع؛ وذلك لأن الشركة لما اقتضت المساواة لم تفتقر إلىٰ ذكر النصيب الذي أشركه فيه، وحملت علىٰ الإطلاق للتساوي.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره: في رجلين اشتريا عبدًا ثم أن أحدهما قال لرجل: قد أشركتك في العبد، فقبل، فأجاز شريكه الشركة، قال: يكون للمشترك ثلث نصف هذا، وثلث نصف هذا، فيكون العبد بينهم أثلاثًا، فإن أبىٰ صاحبه أن يجيز ذلك، فإنه يكون للمشرك ثلث ما بقي في يد المشترك، وهو سدس العبد.

وهذا خلاف رواية الأصل؛ لأنه سوّىٰ بين أن يُشركاه معًا أو يشركه أحدهما ويجيز الآخر؛ لأن الإجازة تستند إلىٰ العقد، فكأنّ العاقد أشرك بوكالة صاحبه.

ولو قال: أشركني في نصف هذا العبد، فأشركه، فأجاز ذلك شريكه، فإن له نصف ما في يد هذا، ونصف ما في يد هذا.

فإن لم يُجِزْ صاحبه، كان نصف ما يد المشرِك للمشرَك؛ لأن قوله: أشركني في نصفه، فكأنه قال: أشركني بنصف رقبته، فإذا أجاز الشريك، كان علىٰ

النصف من النصيبين، وإن لم يجز كان على نصف أحدهما.

قال أبو يوسف: ألا ترىٰ أن رجلاً لو اشترىٰ عبدًا فقال لرجل: قد أشركتك في نصفه، فإن له النصف، وكذلك لو قال: أشركني في هذا العبد كان له النصف، فقد جعل قوله: أشركتك في نصف هذا العبد، كقوله: بنصف هذا العبد.

ولو قال أحدهما: قد أشركتك في نصفي، فإن له نصف ما في يده وهو الربع؛ لأن (في) هاهنا لا تحتمل معنىٰ (الباء)، فحملت علىٰ المساواة في النصف.

وقال محمد: إذا اشترىٰ رجل عبدًا، فقال له رجل: أشركني فيه، فقال: قد أشركتك، ثم لقيه آخر فقال: أشركني، فقال: أشركتك، فإن كان علم بمشاركة الأول، فله نصف نصيب الذي أشركه: وهو الربع من جميع العبد، وإن كان لا يعلم، فله نصيب الذي أشركه كله، فيكون نصفه للأول، ونصفه للثاني؛ وذلك لأنه إذا علم بمشاركة الأول فقوله أشركني في هذا العبد ينصرف إلىٰ ما يملكه، وهو النصف، وإذا لم يعلم فقوله أشركني في هذا العبد، يقتضي الشركة في بيع العبد؛ وذلك لا يكون إلا بتمليك جميع ما بقي.

قال: وإذا قال الرجل لآخر: اشتر جارية فلان بيني وبينك، فقال: نعم، ثم لقي المأمور آخر، فقال: اشتر جارية فلان بيني وبينك، فقال: نعم، ثم اشتراها المأمور: فهي بين الآمرين، ولا شيء للمأمور في الجارية؛ وذلك [٢٤٥/أ] لأن الأول وكّله بشراء نصف الجارية، فلما قَبِلَ الوكالة في الثاني في النصف، انصرف ذلك إلىٰ النصف الآخر؛ لأنه لا يملك عزل نفسه عن الوكالة بغير محضرٍ من الموكل، فصارت الجارية للآمِرَيْن.

قال: ولو لقيه ثالث فقال: اشتر جارية فلان بيني وبينك، فاشتراها بعد أمر الثلاثة، كانت الجارية بين الأولين نصفين، ولا شيء للثالث؛ لأن قبوله الوكالة من الثالث عزل لنفسه في حق الأولين، وهو لا يملك ذلك، فسقطت الوكالة الثالثة.

وقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف: في شريكين شركة عنان في الرقيق، فأمر أحدهما صاحبه أن يشتري عبد فلان بينه وبين المأمور، ثم أمر رجل أجنبي المأمور بشراء ذلك العبد، فقال: اشتره بيني وبينك، فقال: نعم، فاشتراه، قال: فالنصف للأجنبي، والنصف للشريكين؛ وذلك لأن الشريك إذا وكله أجنبي أن يشتري له شيئًا صحّت الوكالة؛ لأن الشركة لم تقتض الوكالة في شيء بعينه، وإذا أمر أحدهما الآخر بشراء شيء بعينه، فهذا الأمر لغو؛ لأنه مستفاد بالشركة، فإذا أمر أجنبي بابتياعه، فكأنه أمره ولم يأمر شريكه بشيء، فيكون المشترى على ما شرطا[1].



(١) انظر: الأصل ٤/٥٦ وما بعدها.




بَابٌ
الدين يكون بين رجلين فيقبض أحدهما نصيبه هل يشركه الآخر أم لا؟



قال أبو الحسن: وإذا كان دَيْن بين رجلين علىٰ رجل من ثمن بيع عبد بينهما باعاه، أو ألف بينهما أقرضاه، أو استهلك له ثوبًا، أو ورثا دينًا لرجل واحد عليه، فقبض أحدهما نصيبه أو بعضه، فللآخر أن يشركه، فيأخذ منه نصف ما قبضه بعينه، كان أجود من الدين أو مثله أو أردأ منه، وليس للقابض أن يمنعه نصف العين بأن يقول: أنا أعطيك مثل نصف الدين.

قال ﵁: الأصل في هذا: أن الدَّيْن المُشْتَرَكَ هو الثابت للشريكين بسبب واحد، فإذا قبض أحدهما شيئًا منه، فالمقبوض من النصيبين؛ لأنا لو جعلناه من أحدهما قسمنا الدين حال كونه في الذمة، وقسمة الدين لا تجوز، وإذا كان المقبوض من الحقين، كان للشريك أن يأخذ نصف المقبوض بعينه.

فإن كان أجود من حقه فالجودة لا يُعتدّ بها في الجنس الواحد، ألا ترىٰ أن من عليه الدين الرديء إذا أعطاه الجيّد أجبر صاحب الدين علىٰ قبضه، فصار كأنه قبض نفس الحق، فليس له أن يعطيه غيره.

فإن كان المقبوض أردأ، فلم يسلم له من دينه إلا هذا القدر، فلم يلزمه ضمان غيره.

والدليل على أن قسمة الدين لا تصح ؛ لأن القسمة تمييز الحقوق ، وذلك لا يتأتى فيما في الذمة.

ولأنهما لو اقتسما الأعيان من غير تمييز لا يصح ، ألا ترى أن صُبْرَةَ طعام بين شريكين لو قال أحدهما للآخر: خذ هذا الجانب ولي هذا الجانب الآخر ، لم تصح القسمة ؛ لعدم التمييز ، فكذلك القسمة فيما في الذمة ؛ لأنه لم يتميّز.

ولأن القسمة فيها معنى التمليك ؛ لأن كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضًا عما في يد الآخر ، وتمليك الدين لغير مَنْ في ذمته لا يجوز.

قال: ولو أخرج القابض ما قبض من يده ، بأن وهبه أو قضاه من دين عليه ، أو استهلك على وجهٍ من الوجوه ، فللشريك أن يُضمّنه مثل نصف ما قبض ، وليس له أن يأخذ من الذي هو في يده إذا كان موجودًا ؛ لأن الشريك قبضه اقتضاء من حقه ، فلشريكه فسخ قبضه على ما بيّنا ، فإذا أخرجه من ملكه سقط الفسخ فيه ، كالمقبوض على وجه بيع فاسد إذا خرج من ملك القابض ، ويضمن مثل نصفه ؛ لأنه استهلكه مع تعلق حق الغير به ، فكان عليه ضمانه.

وما قبض الشريك من شريكه ، فإنه يكون للقابض قدر ذلك دينًا على الغريم ، ويكون ما على الغريم بينهما على قدر ذلك.

فإن كان الدين ألف درهم بينهما ، فقبض أحدهما خمسمائة ، فجاء الشريك وأخذ نصفها ، يكون للقابض مما بقي على الغريم مائتان وخمسون ، وتكون الشركة باقية في الدين كما كانت ؛ لأنه لما قبض النصف قضى من حقه ، فشاركه




شريكه فيه، استحق قبضه في نصف ما قبض، فيبقىٰ دينه بحاله.

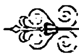
قال: ولو أن أحد الشريكين لم يقبض شيئًا، ولكن أبرأ من حصته، كانت البراءة جائزة، ولم يكن عليه لشريكه شيء، ولا يضمن أحدهما شيئًا، إلا أن يستهلكه بعد أن يقبضه؛ وذلك لأن البراءة إتلاف لحقه من الدين، والمتلف لنصيبه من مال مشترك لا يضمن لشريكه شيئًا؛ ولأنه إنما يضمن لسلامة نصيبه له، ولم يسلم؛ ولأن البراءة تبرع، والتبرع لا يوجب الضمان علىٰ المتبرع.

فإن أبرأه أحدهما من مائة، ثم خرج من الدين شيء اقتسماه بينهما علىٰ قدر ما لكل واحد منهما علىٰ الغريم، فيكون المقبوض بينهما علىٰ تسعة؛ لأن أحدهما لما أبرأه من مائة، بقي له أربعمائة، ولشريكه خمسمائة، فضربا في المقبوض بتسعة أسهم علىٰ قدر ما بقي لهما.

قال: وكذلك إن كانت البراءة بعد القبض قبل أن يقتسموا؛ لأن القسمة تقع علىٰ قدر حق المقتسمين، فإن اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما من مائة، فالقسمة ماضية، ولا تنقص براءته بعد القسمة شيئًا مما اقتسماه؛ لأنهما اقتسماه وملكهما سواء، فصحّت القسمة، وزوال المساواة بعدها لا يؤثر فيها.

قال: ولو لم يقبض أحدهما شيئًا، ولكن اشترىٰ بنصيبه ثوبًا، فللشريك أن يضمنه نصف ثمن الثوب، ولا سبيل له علىٰ الثوب؛ لأنه إنما اشترىٰ بثمن في ذمته، ثم جعل ما في ذمته قصاصًا بدينه، فكأنه قبض نصف الدين، فلا يكون له علىٰ الثوب سبيل.

فإن اجتمعا علىٰ الشركة في الثوب فذلك جائز؛ لأن الثوب علىٰ ملك




القابض، وقد وجب عليه نصف ثمنه، فإذا سلم نصفه بذلك ورضي شريكه، فكأنه باع نصف الثوب منه.

فإن لم يشتر بحقه شيئًا، ولكن صالحه من حقه على ثوب، وقبض، ثم طالبه شريكه بما قبض، فإن القابض بالخيار: إن شاء سلم إليه نصف الثوب، وإن شاء أعطاه مثل ربع الدين بنصف ما أخذ عنه للثوب، والخيار في ذلك إلى القابض؛ وذلك لأن الصلح لا يقتضي الضمان على المصالح، ألا ترى أنه عقود التبرع، فهو كالهبة والبراءة، إلا أن المقبوض سلم له عن الدين المشترك، فكان له أن يسلم نصفه إلى الشريك، وله أن يقول: إنما التزم لكل نصف حقك من الدين؛ لأنه لا حق لك فيما زاد على ذلك.

قال: وإن شاء الشريك الذي لم يحدث في هذه الوجوه كلها أن يسلم للشريك ما قبض، ويرجع بدينه [٢٤٥/ب] على الذي عليه الدين؛ وذلك لأنه يقول: إن ديني ثبت عليك بعقد المداينة، فتسليمك إلى غيري لا يُسقط مالي في ذمتك.

قال: فإن سلم له ذلك، ثم توى الدَّيْن على الغريم، فله أن يرجع على الشريك، فيكون الحكم بينهما في كل وجه من هذه الوجوه كما ذكرت لك، إذا لم يسلّم إلا وجهًا واحدًا إذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه نصف ما قبض من الدراهم بعينها، لم يكن له ذلك، وكان له أن يعطيه مثلها؛ وذلك لأن المقبوض في الأصل كان من حق مشترك، وإنما سلم المقبوض ليسلم له ما في الذمة، فإذا لم يسلم بقي حقه في المقبوض بحاله، إلا أنه ليس له أن يرجع في عين الدراهم؛ لأنه أجاز تمليك القابض بها، فسقط حقه عن عينها، وإنما حدد ضمان آخر لتوي ماله، فيثبت ذلك الضمان في ذمة القابض كسائر الديون.




فإن أخّر أحدهما نصيبه، لم يجز تأخيره في قول أبي حنيفة، وجاز في قولهما، وقد بيّنا هذه المسألة.

وقد فرّع علىٰ قولهما، فقال: إذا قبض الشريك الذي لم يؤخر نصيبه، لم يكن للذي أخّر أن يُشركه فيه حتىٰ يحل دينه، فإن حَلَّ فله أن يشركه في قولهم جميعًا إن كان قائمًا، وإن كان مُستهلكًا ضمن حصته منه؛ وذلك لأن الأجل يمنع ثبوت المطالبة، فلا يكون له حق في المقبوض، فإذا حل صار كأنه لم يزل حالاً، فتثبت له الشركة.

فإن لم يقبض الآخر شيئًا حتىٰ حلّ دين الذي أخّر، عاد الأمر كما كان، وما قبض أحدهما من شيء شركه الآخر؛ لأن الدين لما حل سقط الأجل، فصار كما كان.

وقال محمد تفريعًا علىٰ أصله في هذه المسألة: إن الغريم لو لم يُعجل الذي لم يؤخر شيئًا، ولكن عجل الذي أخّر مائة درهم، كان للشريك أن يقاسمه، فيكون بينهما نصفين؛ لأنّ الدين عندهما تميّز بالتأخير، فصار المعجل من حق الذي أخّر خاصة، فيضرب فيه بجميع حقه، وشريكه بجميع حقه، فيقتسمانها نصفين.

ثم يرجع هذا القابض للمائة علىٰ الغريم بخمسين؛ لأنه عجل له مائة، واستحقها بالقبض، فاستحق عليه شريكه نصفها، فصار كاستحقاق الأجنبي، فإذا أخذها قسمها وشريكه عشرة أسهم، لشريكه منها تسعة، ولهم سهم واحد؛ لأن هذه الخمسين مأخوذة من نصيب شريكه لا من نصيبه، ألا ترىٰ أنها بدل ما استوفاه للشريك، فيتضاربان فيها بقدر الحق المعجل دون المؤجل، وقد بقي

لشريكه أربعمائة وخمسون، وبقي له من جملة ما عجل له خمسون، فاجعل كل خمسين سهمًا، فيكون ذلك عشرة أسهم.

واختلفت الرواية عن أبي يوسف: في دين بين شريكين على امرأة تزوجها أحدهما على نصيبه من الدين، فروى بشر بن الوليد عنه: أن شريكه يرجع عليه بنصف حقه من ذلك، وروى بشر عنه أيضًا: أنه لا يرجع، وهي رواية محمد عنه، وهو قول محمد.

وجه الرواية الأولى: أن المهر صار مضمونًا في ذمته بالعقد، ثم صار قصاصًا بدينه كالبدل في البيع.

وجه الرواية الأخرى: أن المهر ليس في مقابلته بدل مضمون، ولا يسلم للشريك ما يمكن المشاركة فيه، فلم يضمن لشريكه كما لو أبرأ.

وأما إذا استأجر أحد الشريكين بنصيبه، فإن شريكه يرجع عليه في قولهم؛ لأن الأجرة في مقابلته بدل مضمون بالعقد كالبيع.

قال بشر في روايته: فإن شجّ الطالب المطلوب مُوَضِّحَةً، فصالحه على حصته، لم يلزم لشريكه شيء؛ لأن الصلح عن الجناية ليس في مقابلته بدل مضمون، ولا سلم له ما تصح المشاركة فيه.

وأمّا إذا استهلك الطالب على المطلوب مالاً، فصارت قيمته قصاصًا بدينه، أو اقترض منه شيئًا، فلشريكه أن يرجع عليه؛ لأن هذا اقتضاء للدين، فصار كالقبض بالمباشرة.

وكل دين وجب للمطلوب على أحد الطالبين قبل أن يكون عليه الدين، ثم




يصير عليه الدين لهما ، فيكون ما عليه قصاصًا بما لأحد الطالبين عليه ، فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه ؛ لأنه قضى دينه ولم يقبض ، والضمان يتعلق بالاقتضاء.

قال ابن سماعة عن محمد في نوادره: ولو أن أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبدًا للمطلوب ، فوجب القصاص ، فصالح المطلوب على خمسمائة درهم ، كان ذلك جائزًا ، وبرئ من حصة القاتل من الدين ، وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة.

وكذلك لو تزوج على خمسمائة مرسلة ، أو استأجر بخمسمائة مرسلة ؛ لأنه إذا صالح على مال في ذمته ، أو تزوج على مال في ذمته ، صار الدين قصاصًا به ، فهو في حكم المقبوض ، فيضمن.

وليس كذلك إذا صالح على نفس الدين أو تزوج به ؛ لأن العقد لم يقع على مال في الذمة ، ولم يسلم له ما يصحّ فيه الاشتراك.

وقال علي بن الجعد عن أبي يوسف: لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه ، وترك مالاً ليس فيه وفاء ، اشتركا بالحصص ؛ لأن الدين يمنع من انتقال الملك إلى الورثة ، فلا يسقط دين الوارث ، فيضرب بدينه كالأجنبي.

ولو أعطى المطلوب أحدهما رهنًا بحصته ، فهلك الرهن عنده ، فلشريكه أن يضمنه ؛ لأن هلاك الرهن استيفاء للحق من طريق الحكم ، فصار كالاستيفاء بمباشرته.

ولو غصب أحد الشريكين من المطلوب عبدًا ، فمات عنده ، فلشريكه أن

يضمنه؛ لأنه صار ضامنًا لقيمة العبد بهلاكه.

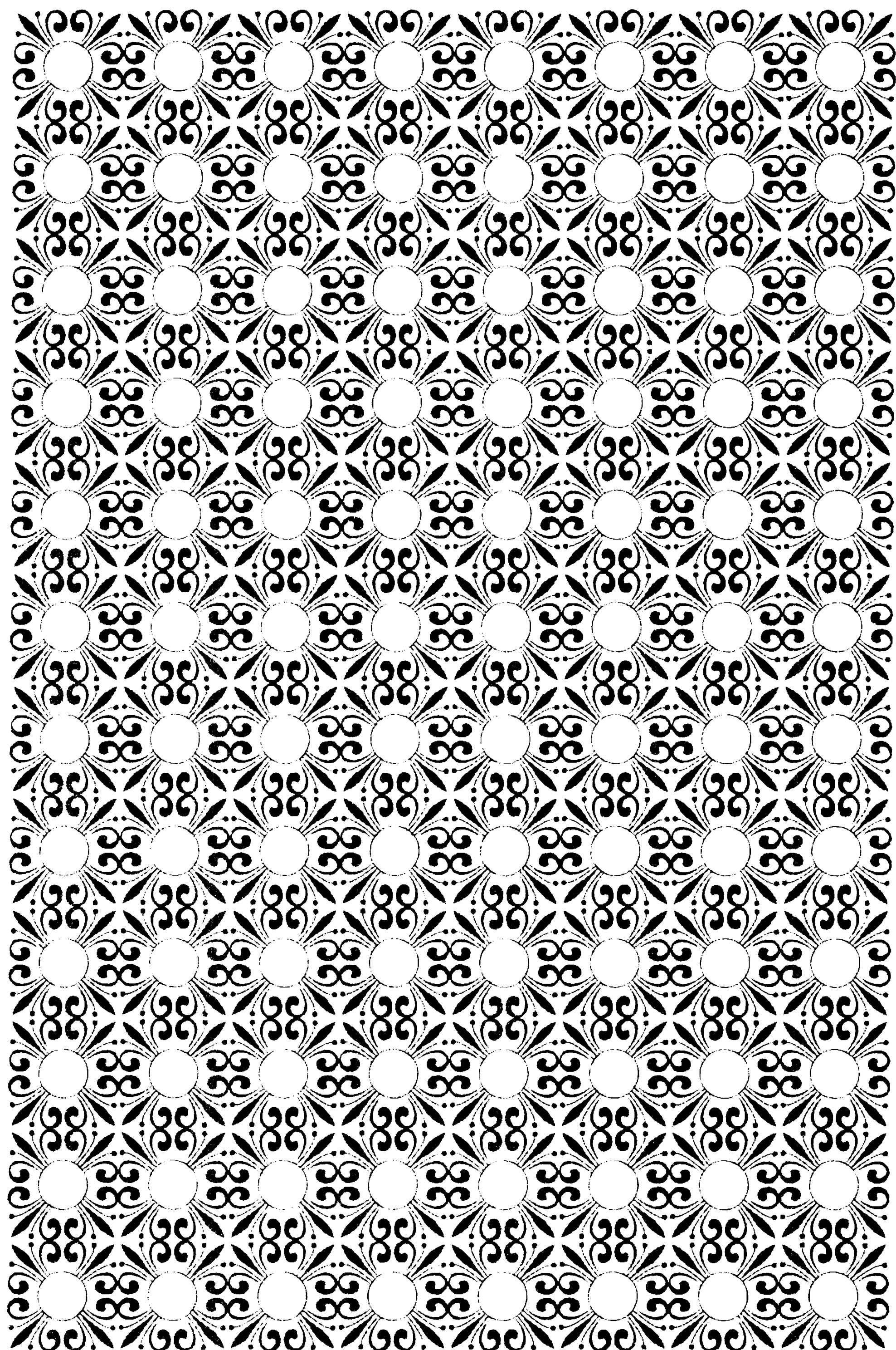
ولو ذهبت إحدىٰ عيني العبد بآفةٍ من السماء، ففي ضمان الغاصب، لم يرجع شريكه عليه بشيء، وليس كذلك الرهن إذا ذهبت عينه بآفة من السماء؛ لأنه ردّ المقبوض، فلم يلزمه ضمان القبض، ولو سلم له ما يمكن المشاركة فيه، فلم يضمنه شريكه.

وقالوا: إذا قبض عبدًا ببيع فاسد، فمات في قبضه، أو باعه، أو أعتقه، ضمن لشريكه كما يضمن في الغصب، فإن ذهب عينه فردّه لم يضمن لشريكه شيئًا، وحسب ذلك عليه من حصة الدين، فضمنه إذا وجب للضمان بالقبض، فإذا ردّ المقبوض ناقصًا لم يلزمه شيء لشريكه[1].

تم كتاب الشركة ولله الحمد والمنة، والصلاة علىٰ محمد وآله

ويتلوه كتاب المضاربة

(١) انظر: الأصل ٤/٩٠ وما بعدها.



[٥٤] كِتاب المضاربة

قال رضي الله عنه: المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض، ومنه سُمي المضارب؛ لأنه يستحق الربح بالعمل والسعي، وأهل المدينة يُسمونها مُقَارَضَة[١].

والأصل في جوازها: أن النبي صلى الله عليه وسلم بُعث والناس يعقدونها ولم ينكر ذلك، كما لم ينكر سائر العقود.

وروي عن عبد الله بن عباس قال: كان العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرًا، ولا ينزل واديًا، ولا يشتري به ذات كبدٍ رطبة، وإن فعل شيئًا من ذلك ضمن، قال: فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه[٢].

وروي عن حكيم بن حزام أنه كان إذا دفع مالاً مضاربة اشترط هذا.

وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه دفع مال اليتيم مضاربة.

وروي أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر قدما العراق وأبو موسى أمير بها، فقال: لو كان عندي فضل أكرمتكما، ولكن عندي مال لبيت المال، أدفعه إليكما فابتاعا به متاعًا واحملاه إلى المدينة فبيعاه وادفعا ثمنه إلى أمير المؤمنين، فلما قدما المدينة فقال لهما عمر: هذا مال المؤمنين، فاجعلا ربحه لهم، فسكت

---

(١) القراض والمقارضة «وصفته: أن يدفع رجل مالاً لآخر ليتجر به، ويكون الربح بينهما حسبما يتفقان عليه؛ من النصف أو الثلث أو الربع أو غير ذلك، بعد إخراج رأس المال». قوانين الأحكام الشرعية ص٣٠٩.

(٢) أورده الكاساني في البدائع ٦/٧٩.




عبد الله، فقال عبيد الله: ليس لك ذلك، لو هلك منا لضمنا، فقال بعض الصحابة: يا أمير المؤمنين، اجعلهما كالمضاربين في المال، لهما نصف الربح ولبيت المال النصف، فرضي عمر(١)، وهذا يدل على جواز المضاربة عندهم.

وروي أن عبد الله بن مسعود دفع مالاً مضاربةً إلى عِتْرِيس بن عُرقوب، وقال له: لا تُسلف مالنا في الحيوان(٢).

وعن عثمان رضي الله عنه أنه كان يعطي مال اليتيم مقارضة.

وروى نافع عن ابن عمر: أنه دفع مال يتيم مضاربة.

وعن القاسم بن محمد قال: كنا في حجر عائشة رضي الله عنها، وكان لنا عندها مال، فدفعته مضاربةً، فبارك الله لنا فيه.

وعن الشعبي: أن الحسن بن علي رضي الله عنهما دفع مال اليتيم مضاربة.

وعن الشعبي عن علي رضي الله عنه أنه قال: الربح على ما اصطلحوا عليه، والوضيعة على المال.

وهذا إجماع من الصحابة على جوازها، ولا خلاف في ذلك(٣).

ومن أصحابنا من قال: إن القياس يقتضي فسادها؛ لأنه استئجار بأجر مجهول، وإنما تركنا القياس للسنة والإجماع.

---

(١) أورده الكاساني في البدائع ٧٩/٦.

(٢) أورده الزيلعي بأن (دفع عبد الله بن مسعود إلى زيد بن خويلدة البكري مالاً مضاربة، فأسلم زيد إلى عِتريس بن عرقوب... قال في التنقيح: فيه انقطاع). نصب الراية ٤٦/٤.

(٣) انظر الآثار: الآثار لأبي يوسف ص ١٨٦؛ والآثار لمحمد بن حسن ص ١٧١؛ والأصل ١١٩/٤ وما بعدها؛ شرح معاني الآثار للطحاوي ٦٣/٤؛ المغني لابن قدامة ١٣٥/٥.




وأبو بكر الرازي كان ينكر هذه الطريقة ويقول: إن هذا أصل من الأصول، فلا يقال إنه يخالف القياس، وإنما يقال هذا في مسائل الاجتهاد.

والمضاربة تشتمل على أحكام مختلفة، فإذا دفع المال فهو أمانة في حكم الوديعة؛ لأنه قبضه بإذن المالك لا على طريق البدل والوثيقة، وإذا اشترى به فهو وكالة؛ لأنه تصرف في مال الغير بأمره، فإذا ربح صار شريكه؛ لأنه ملك جزءًا من المال.

وإذا فسدت المضاربة صارت إجارة؛ لأن الواجب فيها أجر المثل، وذلك يجب في الإجارات، فإن خالف المضارب صار غاصبًا؛ لأنّه تعدى في ملك غيره[1].

قال أبو الحسن: المضاربة جائزة عند المسلمين جميعًا بالدراهم والدنانير، واختلفوا في غيرهما من سائر الأموال، هل يجوز بها عقد المضاربة أم لا[2]؟

فقال أبو حنيفة ومحمد والحسن بن زياد: هي أيضًا جائزة بالفلوس إذا كانت نافقة بين الناس يتعاملون بها في تجاراتهم.

وقال أبو يوسف: لا تجوز المضاربة بالفلوس على حال، وهو المعمول عليه من قوله، رواه أصحاب الإملاء عنه، ومحمد في إملائه.

وروى عنه محمد في كتاب المضاربة الكبيرة خلاف ذلك، وقد بينا هذه المسألة في كتاب الشركة، وذكرنا أن إحدى الروايتين عن أبي حنيفة أنها لا

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي، ٣/٣٦٩.

(٢) انظر: الأصل ٤/١٢٢.




تجوز؛ لأن محمداً ذكر في المضاربة الكبيرة وفي الجامع الصغير قال: لا تجوز المضاربة إلا بالدراهم والدنانير عند أبي حنيفة، وروىٰ الحسن عنه جوازها[1].

وقال عمرو بن أبي عمرو: سألت محمداً عن قول أبي حنيفة، قال: لا أحفظه.

فأما الرواية التي قال أبو حنيفة: إن المضاربة بها لا تجوز؛ فعلىٰ أصله: أنها تتعين كالعروض، والرواية التي قال تجوز المضاربة؛ لأنها لا تتعين في الشراء والبيع إذا لم يقابل جنسها، فصارت كالدراهم[2] والدنانير.

والصحيح من قول أبي يوسف: إن المضاربة لا تجوز؛ لأن من مذهبه أنها تتعين بكل حال.

قال: فأما محمد فعنده أنها لا تتعين كالدراهم[3].

وأما ما عدا هذا من سائر الأموال مما يكال أو يوزن، أو الأمتعة، أو الرقيق، أو سائر الحيوان، فإن ذلك لا يجوز، وكذلك تِبْر الذهب والفضة، وتِبْر كل شيء، فإن المضاربة لا تجوز.

قال ﷺ: فقد ذكر في المضاربة لا تجوز، وأجراه في الصرف مجرىٰ الدراهم، وهو مبني علىٰ وقوع التعامل به.

فأما الزيوف والنبهرجة، فتجوز المضاربة بها، ذكره محمد؛ لأنها لا تتعين بالعقد كالجياد، فأما الستوقة، فإن كانت لا تروج فهي كالعروض، وإن كانت

---

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص٥٠٠.

(٢) «الدينار: نوع من النقود الذهبية زنة الواحد منها عشرين قيراطًا = ٧٢ حبة = ٤٫٢٥ غرامًا». معجم لغة الفقهاء (الدينار).

(٣) انظر: الأصل ٤/١٣٧ وما بعدها.

تروج، فهي كالفلوس.

وقد ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف: أن المضاربة لا تجوز بالدراهم النجارية يعني الغطرفية؛ لأنها ربما تكسد عندهم.

قال: ولو أجزت المضاربة بها، لأجزت بمكة بالطعام، لأنهم يتبايعون بالحنطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس.

وأما المضاربة بالعروض، فلا يجوز عندنا، وقال مالك: يجوز[1].

لنا: (نهيه ﷺ عن ربح ما لم يضمن)[2]، ومعلوم أن المضارب إذا باع العروض لم تكن مضمونة عليه بالبيع، ألا ترىٰ أنها لو هلكت لم يضمنها؛ ولأن قيمة العروض تختلف، واختلافها يؤدي إلىٰ جهالة الربح، وذلك لا يجوز؛ ولأنه لو قال: بع ثيابي علىٰ أن ثمنها لك لا يجوز، كذلك إذا جعل له جزءًا من الثمن.

وليس كذلك الدراهم والدنانير؛ لأنه لو قال: اشترها علىٰ أن جميع ما تشتريه لك، جاز، كذلك إذا جعل له جزءًا منه.

وقد قالوا: إنه لو دفع إليه عروضًا فقال له: بعها واعمل بثمنها مضاربة، فباعها بدراهم أو دنانير، وتصرف فيها جاز؛ لأنه [لم يضف][3] المضاربة إلىٰ

---

(١) بل قال القاضي عياض: «ولا يجوز القراض بشيء من العروض والحيوان» المعونة ١١٢١/٢. انظر: المدونة ٤٧/٤؛ التفريع ١٩٤/٢.

(٢) هذا الجزء ضمن حديث (نهىٰ عن بيع وسلف...) من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا، «أخرجه أصحاب السنن الثلاثة... وصححه ابن حبان والحاكم» كما قال ابن حجر في الدراية ١٥١/٢؛ والآثار لأبي يوسف ١٨٢/١.

(٣) في الأصل (طمس) والسياق يدل علىٰ المثبت.




العروض، وإنما أضافها إلىٰ الثمن، والثمن تصح به المضاربة.

فإن باعها بمكيل أو موزون جاز البيع عند أبي حنيفة علىٰ أصله: أن الوكيل بالبيع يجوز أن يبيع بالأثمان وغيرها، إلا أن المضاربة فاسدة؛ لأنها صارت مضافة إلىٰ الحنطة والشعير.

فأما علىٰ أصل أبي يوسف ومحمد: فالبيع لا يجوز؛ [٢٤٦/ب] لأن من أصلهما: أن الوكيل بالبيع لا يبيع بغير الأثمان.

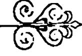
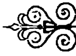
ولا تجوز المضاربة عند أصحابنا جميعًا بدين، وهذا علىٰ وجهين: أحدهما: أن يكون الدين لربِّ المال علىٰ رجل، فيقول له: اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف، فإن اشترىٰ هذا المضارب وباع، فجميع ما اشترىٰ وباع له ربحه وعليه وضيعته، والدَّيْن في ذمته بحاله عند أبي حنيفة، وهذا علىٰ أصله: فيمن وكّل رجلاً يشتري له بالدين الذي في ذمته، لم يجز؛ لأنه لا يصح أن يُبرئ الإنسان مما في ذمته بفعله.

فأما علىٰ أصل أبي يوسف ومحمد: فإن ما اشترىٰ وباع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته، والمضاربة فاسدة، ذكر ذلك محمد.

وأما جواز الشراء والبيع علىٰ أصلهما: أن من وكّل رجلاً يشتري له بدين في ذمته، جاز الشراء، وبرئ من الدين.

وأما بطلان المضاربة، فلأن الشراء وقع للموكل، فصارت المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعروض، فلا تصح.

وأما إذا قال: اقبض مالي علىٰ فلان من الدين واعمل به مضاربةً جاز؛

وذلك لأنه أضاف المضاربة إلىٰ المقبوض، وذلك يصير أمانةً في يده، وهذا مقصود مقتضىٰ المضاربة.

وأما إذا قال رَبُّ المال للغاصب أو للمُوْدَع أو المبضع: اعمل بما في يدك مضاربةً بالنصف، جاز ذلك عند أبي يوسف والحسن.

وقال زفر: لا يجوز ذلك في الغصب؛ لأنه مضمون في يده.

وجه قول أبي يوسف: أنه أضاف المضاربة إلىٰ الأثمان، وذلك يجوز الوكالة به، فكذلك المضاربة.

وجه قول زفر: أن المضاربة تقتضي كون المال أمانةً في يد المضارب، والغصب مضمون عليه، فلم يوجد فيه معنىٰ المضاربة، فلا يصح.

قال أبو الحسن: لا تصح المضاربة إلا بمال عين يكون مقبوضًا في يد المضارب لا يد لدافعه عليه، مالكًا كان الدافع أو غير مالك، إذا كان ممن يجوز عقد مضاربته في المال.

وإنما اعتبر في صحة المضاربة قبض المضارب للمال؛ لأنها أمانة، فلا تتم إلا بالتسليم كالوديعة[1].

وإنما لم تصح مع بقاء يد ربّ المال في المال؛ لأن المضاربة فارقت الشركة في الاسم، فلا بد أن تفارقها في المعنىٰ، والشركة تصح مع بقاء يد الشريكين، فاختصت المضاربة بأن شرط فيها زوال يد رب المال.

---

(١) انظر: الأصل ٣٤٢/٤.




وقد قالوا: بأن يد المالك إذا شرط بقاؤها في المال، فسدت المضاربة، عاقدًا كان المالك أو غير عاقد، مثل الأب والوصي إذا دفع مال الصغير مضاربةً وشرط عمل الصغير؛ وذلك لأن الصغير مالك للمال، فبقاء يده فيه تمنع من صحة المضاربة كالكبير.

وكذلك من يستحق الربح بماله إذا شرط عمله مع المضارب كأحد المتفاوضين، أو شريكي العنان إذا دفع مالاً مضاربة، وشرط عمل شريكه مع المضارب؛ لأن الشريك يستحق الربح بماله كالدافع.

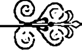
فأما العاقد إذا لم يكن مالكًا للمال، فشرط أن يتصرف في المال مع المضارب، فإن كان ممن يجوز أن يأخذ المال مضاربةً، لم تفسد المضاربة بذلك، كالأب إذا دفع مال الصغير وشرط أن يعمل مع المضارب بجزء من الربح؛ لأنه لو أخذ مال الصغير مضاربةً جاز، فصار كالأجنبي.

وإن كان العاقد ممن لا يجوز أن يأخذ المال مضاربة، فشرط عمله، فسد العقد، مثل المأذون يَدفعُ المال مضاربةً ويشرط عمله مع المضارب؛ لأن المأذون وإن لم يكن مالكًا للمال، فلا يصح أن يأخذه مضاربةً، فصار كالمالك له.

فأما إذا شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه، فالمضاربة فاسدة؛ لأن المولىٰ يستحق الربح بالمال.

فإن كان عليه دين، فالمضاربة جائزة؛ لأن المولىٰ علىٰ قول أبي حنيفة لا يملك هذا المال، فصار كالأجنبي.

فأما المكاتب إذا شرط عمل مولاه، لم تفسد المضاربة؛ لأن المولىٰ لا يملك

أكساب مكاتبه، فهو كالأجنبي.

وعلىٰ هذا، إذا دفع إلىٰ رجل مالاً مضاربة، وأمره أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال، فالمضاربة فاسدة؛ لأن المضارب ولي العقد وهو ممن لا يجوز أن يأخذ مضاربة، ورب المال يستحق الربح بالمال.

وقالوا في المضارب إذا دفع المال إلىٰ ربّ المال مضاربة بالثلث، فالمضاربة الثانية فاسدة، وما كان من الربح فهو بين رب المال والمضارب علىٰ ما شرطا في المضاربة الأولىٰ، ولا أجر لرب المال؛ لأن ربّ المال لا يجوز أن يأخذ مال نفسه مضاربة، فصار كأنه تصرف بأمر المضارب لا علىٰ وجه المضاربة، فيكون مُعيناً للمضارب، ولا أجر له؛ لأنه عمل في ملك نفسه.

قال أبو الحسن: فإن وقع عقد المضاربة علىٰ الوجه الذي لا يجوز، فعمل المضارب فربح، كان الربح كله لرب المال أو لمن يستحق رأس المال، وللمضارب أجر مثله فيما عمل؛ وذلك لأن التسمية إنما تجب مع صحة العقد، فإذا فسد العقد سقط المسمّىٰ، كالبيع الفاسد والنكاح الفاسد إذا سقطت التسمية، فربّ المال يستحق الربح؛ لأنه نماء ماله، وإنما يستحق المضارب بعضه بالشرط، وقد بطل الشرط، وللمضارب أجر](١) مثله؛ لأنه [استوفىٰ](٢) منافعه بعقد فاسد(٣).

قال أبو يوسف: لا يجاوز به القدر الذي شرط للمضارب، وقال محمد: له

---

(١) إلىٰ هنا ساقطة من ب، والمثبت من أ.

(٢) في ب (وقع) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٢٢٢/٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٦٨/٣.




أجر مثله بالغًا ما بلغ، وقد بيّنا هذا في شركة الاحتطاب، وقال أبو يوسف: لا أجر له إذا لم يربح، رواه عنه محمد، ورواه ابن سماعة في نوادره عنه، وهو خلاف ما في الأصول[1].

وجه ما في الأصل: أن المضاربة إذا فسدت صارت إجارة، والإجارة يجب فيها الأجر رَبحَ المستأجر أو لم يربح.

لأبي يوسف: أن المضاربة الفاسدة لا تكون أقوىٰ من الصحيحة، ومعلوم أن المضارب إذا لم يربح لم يستحق شيئاً مع صحة المضاربة، فمع فسادها أولىٰ.

قال: وكل مضاربة صحيحة فللمضارب ما شرط [له]، فإن لم يربح شيئًا فلا شيء له؛ وذلك لأن التسمية صَحَّتْ، فالمستحق من المال مُعَيَّنٌ وهو الربح، فإذا لم [يحصل] لم يجب شيء.

وقد ذكر في كتاب المضاربة: أن المضاربة الفاسدة إذا هلك المال في يد المضارب لم يضمن.

وروىٰ ابن سماعة، عن محمد أنه قال: يضمن، فيجوز أن يكون ما في المضاربة قول أبي حنيفة علىٰ أصله: أن الأجير المشترك لا يضمن.

وما رواه ابن سماعة علىٰ أصل أبي يوسف ومحمد في ضمان الأجير، والمضاربة الفاسدة: صارت إجارة؛ بدلالة وجوب أجر المثل، والمضارب فيها علىٰ حكم الأجير المشترك؛ لأنه لا يستحق الأجر إلا بالعمل.

ويجوز أن يكون ما في الأصل قولهم، وتكون المضاربة فاسدةً، وإن

---

(١) انظر: الأصل ٣/٢٢٣.




صارت في حكم الإجارة من وجه فهي معتبرة بالمضاربة الصحيحة، وإذا لم يضمن [المضارب] في الصحيح لم يضمن في الفاسد، ألا ترىٰ أن البيع الصحيح لما تعلق به الضمان تعلق بالفاسد. والله تعالىٰ أعلم[(١)].



(١) انظر: الأصل ٤/٢٣٤ وما بعدها.




بَابُ
ما يجوز أن يشترط من الربح وما لا يجوز



قال أبو الحسن: ولا يجوز أن يشترط في المضاربة لرب المال ولا للمضارب إلا قدرًا معلومًا مشاعًا في جميع الربح على الأجزاء، وإن شرطا[1] من ذلك نصفًا أو ثلثًا أو ربعًا أو أقل من ذلك [أو أكثر][2].

والأصل في هذا: أن الربح في المضاربة لا يصح إلا أن يكون مشاعًا بين رَبِّ المَالِ والمُضَارِبِ؛ لأنها نوع من الشركة، والربح في الشركة لا يكون إلا مشاعًا.

قال: فإن شرط قدرًا معلوماً على غير الأجزاء لم يجز، مثل أن يشرط [لأحدهما] مائة درهم من الربح أو أقل من ذلك أو أكثر، والباقي للآخر، فإن ذلك لا يجوز، والمضاربة فاسدةٌ في قولهم.

(وكذلك إن شرط أحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم، أو إلا مائة فإنه لا يجوز، والمضاربة فاسدة)[3] في قولهم [٣٣٨/أ].

والأصل في هذا: ما روي أن النبي ﷺ سئل عن المزارعة إذا شرط لأحدهما ما على الربيع الساقي، أو ما على الماذيانات، فأبطل المزارعة[4]،

---

(١) في أ (فيشترط).

(٢) انظر: الأصل ٤/١٣١، ١٣٢.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) الحديث أخرجه مسلم (من حديث رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق، فقال:=

وكان المعنىٰ فيه أنهما قطعا ذلك الشركة عن جزءٍ من النماء؛ ولأن هذا يؤدي إلىٰ قطع الشركة في الربح، ألا ترىٰ أنهما إذا شرطا لأحدهما النصف ومائة، جاز أن يكون الربح ما بيّن، فيستحق المشروط له كل الربح، وإذا شرطا له النصف إلا مائة، جاز أن يكون النصف مائة فلا يستحق المشروط منه شيئًا.

وأما إذا شرطا دراهم مسمّاة فهذه إجارة؛ لأن العمل ببدل معلوم إجارة، والإجارة لا تصح مع جهالة العمل والمدة.

وأما فساد المضاربة: فالشروط الفاسدة فيها علىٰ ضربين:

إذا أدّت إلىٰ جهالة الربح أفسدت؛ لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد.

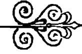
وإذا لم تؤدِّ إلىٰ جهالة الربح صحت المضاربة وبطل الشرط، مثل أن يشرطا الوضيعة عليهما؛ وذلك لأن الوضعية جُزْءٌ هالك من المال، فلا يجوز أن يلزم غير رب المال؛ إلا [أنه][1] لا تؤدي إلىٰ جهالة الربح، فلم تفسد المضاربة.

والدليل علىٰ أنها لا تفسد بالشروط إذا لم تكن في المعقود عليه: أن صحتها تقف علىٰ القبض، فلا تبطل بالشروط كالهبة والرهن؛ ولأنها وكالة، والوكالة لا تبطلها الشروط.

فإذا ثبت هذا: فشرطهما أن تكون الوضعية بينهما لا تؤثر في جهالة الربح،

= لا بأس به، إنما كان الناس يؤاجرون علىٰ عهد النبي ﷺ علىٰ الماذيانات وإقبال الجداول، وأشياء من الزرع، فيهلك هذا، ويَسْلم هذا، ويسلم هذا، ويهلك هذا، فلم يكن للناس كراء إلا هذا؛ فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به) (١٥٤٧).

(١) في ب (إلا أن) والمثبت من أ.

فلا تفسد [المضاربة].

وقد ذكر محمد في المضاربة: إذا قال رب المال للمضارب: لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر ما عملت في المضاربة، صحّت المضاربة بالثلث وبطل الشرط[1].

وقال في المزارعة: إذا دفع إليه أرضه بثلث الخراج وجعل له عشرة دراهم في كل شهر، فالمزارعة باطلة.

فمن أصحابنا من قال: المسألة على روايتين: [رواية] كتاب المزارعة تقتضي فساد المضاربة؛ لأن المشروط للمضارب من المشاهرة معقود عليه، وقد قطع عنه الشركة، ورواية المضاربة: تقتضي أن تصح المزارعة.

والوجه فيه: أنه عقد على ربح معلوم وجزء من الخارج معلوم، ثم ألحق به شرطًا فاسدًا، فبطل الشرط كسائر الشروط.

والصحيح: الفرق بين المسألتين؛ لأن المزارعة إجارة بدلالة أنها لا تصح إلا [بمدة][2] معلومة، فالشرط الفاسد في البدل يفسدها، والمضاربة ليست بإجارة؛ بدلالة أنها لا تفتقر إلى ذكر المدة، فلذلك لم يفسدها الشرط.

وعلى هذا الأصل قال محمد: فيمن دفع ألفًا مضاربة[3] على أن الربح بينهما نصفان، على أن يدفع إليه رب المال أرضه يزرعها سنة، أو على أن يسكنه

(١) انظر: الأصل ٤/٢٩١، ٢٩٢.
(٢) في ب (بشهر) والمثبت من أ.
(٣) في أ (في رجل دفع إليه مال مضاربة).

داره سنة، فالشرط باطل، والمضاربة جائزة؛ لأنه ألحق بها شرطًا لا يقتضيه.

ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة، أو يسكنه داره سنة[1]، فسدت المضاربة؛ [وذلك] لأنه جعل نصف الربح عوضًا عن عمله وعن أجرة [الدار و] الأرض، فصار حصة العمل مجهولة بالعقد، فلم يصح العقد.

وروى المُعَلَّى عن أبي يوسف: في رجل دفع مالاً إلى رجل مضاربةً على أن يبيع في دار رب المال، أو على أن يبيع في دار المضارب، (كان جائزًا.

ولو شرط أن يسكن المضارب دار رب المال أو رب المال دار المضارب)[2] فهذا لا يجوز؛ وذلك لأنه لما شرط البيع [في] إحدى الدارين فإنما خص البيع بمكان دون مكان، ولم يعقد على منافع الدار، وإذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل تلك المنفعة له.

ولم يتعرض أبو يوسف للفساد في المضاربة، وإنما ذكر الفساد، فينبغي أن يكون في الشرط[3].



(١) في أ (أو يدفع داره إلى رب المال ليسكنها سنة).
(٢) ساقطة من أ.
(٣) انظر: الأصل ٤/٢٩١ وما بعدها.




بَابُ
المضاربة يشترط فيها الربح لأحدهما ويسكت عن الآخر



[٣٣٨/ب] قال: أصل هذا الباب ما قدمنا أن رب المال يستحق الربح ؛ لأنه نماء ماله، فلا يفتقر (في ذلك إلىٰ شرط)[١] ؛ ولهذا إذا فسد الشرط كان جميع الربح [له، والمضارب لا يستحق إلا بالشرط ؛ ولهذا إذا فسد الشرط لم يستحق شيئًا من الربح ؛ لأن الربح] نماء من مال غيره، وإنما يستحقه في مقابلة عمله، والعمل لا يتقوم إلا بالعقد.

وإذا ثبت هذا [الأصل]، قال أبو الحسن: إذا قال الرجل لرجل: خذ هذا الألف علىٰ أن لك نصف الربح أو ثلثه، ولم يزد علىٰ هذا، فالمضاربة جائزة، وللمضارب ما شرط له، وما بقي لرب المال ؛ وذلك لأن المضارب هذا الذي يفتقر إلىٰ التسمية ليستحق بها، وقد سمّىٰ له، وما بعد ذلك مسكوت عنه، فيستحقه رب المال بماله.

فإن قال: خذ هذا المال مضاربة علىٰ أن لي نصف الربح ولم يزد علىٰ هذا، فالقياس أن تكون المضاربة فاسدة، ولكنها تجوز استحسانًا، ويكون للمضارب النصف.

وجه القياس: أن رب المال سمّىٰ لنفسه النصف وسكت عن ذكر النصف، وما سكت عنه فهو لرب المال، فلم يحصل[٢] للمضارب قدرًا معلومًا من الربح،

(١) في أ (في استحقاقه إلىٰ المشروط).

(٢) في أ (يجعل).

فلم تصح المضاربة.

وجه الاستحسان: أن الربح في المضاربة من حكمه أن يكون بينهما، فإذا سمّىٰ نصيب نفسه وسكت عن الباقي، فكأنه سمىٰ الباقي للمضارب، ألا ترىٰ أن الله تعالىٰ لما جعل المال للأبوين ثم بيّن نصيب الأم، علمًا أن الباقي للأب.

قال: فإن قال: علىٰ أن لي النصف [من] الربح[1]، ولك ثلثه ولم يزد علىٰ هذا، فالثلث للمضارب، والباقي لرب المال؛ لأنه سمّىٰ للمضارب مقدارًا معلومًا، ولنفسه قدرًا معلومًا وسكت عن سدس [الربح][2].

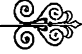
وقد بيّنا أن المسكوت عنه لرب المال إلا في مسألة الاستحسان.

وقد قالوا في المضاربة إذا قال رب المال: علىٰ أن ما رزق الله تعالىٰ من شيء فهو بيننا، جاز [ذلك]؛ وذلك لأنه [بَيَّنَ][3] كلمة القسمة، وهي تقتضي المساواة إذا لم يبيّن فيها مقدارًا، قال الله تعالىٰ: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر: ٢٨]، فَفُهِمَ من ذلك التساوي، بدلالة قوله تعالىٰ في آية أخرىٰ: ﴿لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥].

قال: ومن هذا النوع ما لم يذكره أبو الحسن: إن شرط جزءًا من الربح لغير المضارب ورب المال[4]. والله تعالىٰ أعلم بالصواب، وإليه المآب.



(١) في ب (نصف) والمثبت من أ.
(٢) في ب (المال) والمثبت من أ.
(٣) في ب (اليقين) والمثبت من أ.
(٤) المسألة هذه ذكرت في أ بداية (باب الربح...) الآتي.

بَابُ
الربح يشترط فيه لثالث غير رب المال والمضارب



قال أبو الحسن: أصله أن ينظر إلىٰ ما شرط للثالث، فإن كان لو صَحّ استحق الثالث دونهما كان الشرط باطلاً، وإن كان ما شرط للثالث لو صَحّ كان ذلك للمضارب جاز ذلك.

وقالوا: إذا دفع الرجل إلىٰ رجل ألف درهم مضاربة علىٰ أن ما رزق الله تعالىٰ من ذلك [من شيء] فللمضارب ثلثه ولعبد المضارب ثلثه ولرب المال ثلثه، فهذا جائز، فما ربح فالثلثان للمضارب، والثلث لرب المال؛ وذلك لأن عبد المضارب إذا لم يكن عليه دين فالمشروط له مشروط للمضارب؛ لأنه هو الذي يملكه، فكأنه شرط للمضارب الثلثين.

قالوا: وكذلك لو شرط للمضارب الثلث، ولرب المال الثلث، ولعبد رب المال الثلث جاز؛ لأن ما شرط لعبد رب المال إذا لم يكن عليه دين مشروط لمولاه، فكأن رب المال شرط لنفسه الثلثين.

وعلىٰ هذا قالوا: لو شرط ثلث الربح لقضاء دين المضارب، أو لقضاء دين رب المال [جاز]؛ لأن المشروط في قضاء دين أحدهما مشروط [له].

وأمّا إذا شرط الثلث لابن المضارب [أو لزوجته فالمضاربة جائزة، وما شرط لابن المضارب فهو لرب المال؛ وذلك لأن ابن المضارب] لا يجوز أن يستحق من غير مال ولا عمل، فصار المشروط له مسكوتًا عنه، وما سكت عنه

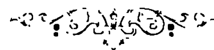
من الربح فهو لرب المال ؛ لأن ابن المضارب لا يجوز أن يستحق من [الربح] .

وأمّا إذا شرط ثلث الربح لعبد رب المال وعليه [٣٣٩/أ] دين ، فلا يخلو: إمّا أن يشترط عمله أو لا يشترط ، فإن شرط عمله فهو عند أبي حنيفة كالأجنبي ؛ لأن المولى لا يملك اكتسابه ، وإن لم يشترط عمله فما شرط له فهو لرب المال ؛ لأنه لا يجوز أن يستحق ربحًا في المضاربة من غير عمل ولا مال ، فصار المشروط له كالمسكوت عنه .

وعلى قولهما: إذا كان عليه دين فما شرط [له] فهو مشروط لمولاه عمل أو لم يعمل .

وأمّا إذا شرط لعبد المضارب الثلث وعليه دين ، فإن شرط عمله جاز عند أبي حنيفة ؛ لأن المضارب لا يملك كسبه ، فصار كالأجنبي ، وإن لم يشترط عمله (فما شرط له فهو لرب المال)[1] ؛ لأنه مسكوت عنه .

وقال أبو يوسف ومحمد: للمضارب ؛ لأنه يملك كسبه كما يملك لو لم يكن عليه دين[2] .



(١) في أ (فلرب المال) فقط .

(٢) انظر: الأصل ٢٣٤/٤ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٦٩/٣ .

بَابُ
ما يكون مضاربة بغير لفظها



قال أصل هذا الباب: إن العقود لا يقف انعقادها على عبارة بعينها، وإنما يقف على ذكر معانيها؛ ولهذا يعقد البيع بلفظ التملك، والنكاح أيضًا بلفظ الهبة، وكذلك المضاربة لا يقف عقدها على لفظها إذا أتى بمعناها.

وقد بيّنا أن المفاوضة تنعقد بالمعنى، والذي روى الحسن أنها لا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة؛ فلأن العادة أن العامة لا تستوفي معانيها.

قال أبو الحسن: إذا دفع الرجل إلى رجل مضاربة أو مالاً مقارضة، أو معاملة فهو مضاربة؛ لأن المضاربة صريح اللفظ، والمقارضة صريح بلغة أهل المدينة، والمعاملة عامة في البيع والشراء، وهذا معنى المضاربة.

وكذلك إذا قال: خذها واعمل بها على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بيننا نصفان، أو على أن لك ثُلُثه أو عُشره ولم يزد على هذا، فهذا جائز، وهي مضاربة؛ لأن قوله: فاعمل فيها عام في البيع والشراء.

فإذا قال: خذ هذه الألف فابتع[1] بها متاعًا بما كان من فضل ولك النصف، ولم يزد على هذا القول، فهو جائز، والمال مضاربة؛ [وذلك لأن الفضل لا يحصل إلا بالبيع والشراء، وهذا معنى المضاربة].

فإن قال: خذ هذا المال فاشترِ به هَرَوِيًا بالنصف، أو رقيقًا بالنصف، ولم

---

(١) في أ (وابتغ).

يزد على هذا شيئًا، فاشترى كما أمره، فهذا فاسد، وللمشتري أجر مثله فيما اشترى، وليس له أن يبيع ما اشترى إلا بأمر رب المال؛ وذلك لأن قوله: اشتر بالنصف استئجار على الشراء بأجر مجهول، وذلك لا يصح، ولا يكون مضاربة؛ لأنه ذكر الشراء ولم يذكر البيع، فلم يأت بمعنى المضاربة.

وقوله: هذا فاسد، يعني الشرط، فأمّا الوكالة فهي جائزة، والمشترى للآمر وللوكيل أجر مثله؛ لأن الموكل استوفى منافعه بعقد فاسد، وليس له أن يبيع ما اشترى؛ لأنه وكله بالشراء دون البيع، فصار المشترى للموكل، فلا يجوز [بيع غيره فيه][1] إلا بإذنه، فإن باع منه شيئًا بغير أمره فبيعه باطل، وهو ضامن لقيمته إن لم يقدر عليه؛ وذلك لأنه تعدّى في ملك الغير، فإن أجاز رب المال البيع والمتاع قائم، أو لا يدري ما حاله، فالبيع جائز، والثمن لرب [المال]؛ وذلك لأن البيع [في المتاع] لم ينفذ لحَقَّه، فإذا أجازه جاز، وإنما شرط قيام البيع؛ لأن المتلف لا يجوز ابتداء العقد، فلا تلحقه الإجازة، فإن كان لا يعلم حاله جاز العقد؛ لأن الأصل بقاء المبيع حتى يعلم هلاكه، فإن علم أنه هلك فالإجازة [باطلة؛ لأن المبيع الهالك لا يجوز نقل الملك فيه، فلا تلحقه الإجازة].

وقال بشر عن أبي يوسف: في رجل دفع إلى رجل ألف درهم على أن يشتري بها ويبيع، فما ربح فهو بينهما، فهذه مضاربة، لا ضمان على المدفوع إليه المال ما لم يخالف، وهذا على ما بيّنا أنه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضاربة.

قال: ولذلك لو شرط عليه أن الوضيعة عليّ وعليك، فهذه مضاربة [٣٣٩/ب]

---

(١) في ب (بيعه) والمثبت من أ.




والربح بينهما، والوضعية على رب المال؛ لما بيّنا أن شرط الوضيعة شرط فاسد، فلا يفسد المضاربة.

وقال علي بن الجعد عن أبي يوسف: لو أن رجلاً دفع إلى رجل ألف درهم ولم يقل مضاربةً ولا بضاعة ولا قرضًا ولا شركة، وقال: ما ربحت فيها فبيننا، فهذه مضاربة؛ لأن الربح لما لم يحصل إلا بالشراء والبيع، صار التماس الربح إذنًا فيهما، وهذا معنى المضاربة.

وقد قال محمد في الأصل: إذا قال [خذ هذه الألف فابتع بها متاعًا، فما كان فيه من فضل فلك النصف، إنها مضاربة] استحسانًا.

وجه القياس: أنه ذكر الشراء ولم يذكر البيع.

وجه الاستحسان: أن الفضل لا يكون إلا بالبيع، فكأنه أذن فيه.

قال: ولو قال: خذ هذا المال بالنصف، كان مضاربة استحسانًا.

وجه القياس: أنه لم يذكر الشراء والبيع.

وجه الاستحسان: أن الأخذ لا يستحق عليه العوض، فلم يبق إلا أن يكون شرط العوض عن عمل، فلا يصح استحقاق النصف إلا بالشراء والبيع، فحمل عليه.

وليس كذلك إذا قال: ابتع هرويًا بالنصف؛ [لأنه ذكر عملاً][1] يجوز أن يشرط عليه أجرًا، فلذلك حمل على الإجارة ولم يحمل على المضاربة.

---

(١) في ب (لأن ذلك عمل) والمثبت من أ.




وقال محمد: إذا دفع مالاً مضاربة علىٰ أن جميع الربح لرب المال فهو بضاعة؛ لأن التصرف في المال علىٰ أن ربحه لرب المال إنما يكون في البضاعة، فهذه بضاعة غير أنه عبّر بالمضاربة.

قال: ولو قال: علىٰ أن كل الربح لك، فهذا جائز، وهو قرض لا يستحق جميع [الربح]، فلما شرط له ذلك، علم أنه أقرضه المال ليصبح استحقاق ربحه. والله تعالىٰ أعلم[1].



(١) انظر: الأصل ٤/١٢٢ وما بعدها.

بَابُ
ما للمضارب أن يعمله في المضاربة



قال أبو الحسن: إذا دفع الرجل إلىٰ رجل مالاً مضاربة علىٰ: أن الربح بينهما نصفان ولم يزد علىٰ هذا، فهذه مضاربة مطلقة، وله أن يشتري به ما بدا[1] له من سائر التجارات؛ وذلك لأن مقتضىٰ المضاربة العموم، ألا ترىٰ أنهما عقدا علىٰ الربح، وذلك لا يحصل إلا بالشراء والبيع، فكأنه أمر بذلك، ولو أمر كان أمره عامًا؛ ولأن المضاربة لو لم تقتض العموم بإطلاقها لم تصح إلا خاصة، كالوكالة.

قال: وله أن يدفعه بضاعة؛ وذلك لأن العقد وقع علىٰ عادة التُّجار، ومن عادتهم أن يبضعوا؛ ولأن المضارب يملك أن يستأجر من يعمل في المال بعوض، فإذا أبضع فقد جعل العمل بغير عوض فهو أولىٰ.

وله أن يودع؛ لأن هذا من عادة التُّجَّار، ولأن تصرفه عام كالأب والوَصِيّ، وله أن يستأجر الأُجَراء؛ وذلك لأنه لا يتوصل إلىٰ الربح إلا بالعمل، وقد لا يتمكن من جميع الأعمال بنفسه، فلا بد له من الأُجَراء، ولأن هذا عادة التجار.

وله أن يستأجر البيوت ليجعله فيها؛ لأنه لا يقدر علىٰ حفظ المال إلا بذلك، وهو مأذون في حفظ المال، ويستأجر السفن والدَّوَابَّ والرَّجَالَ لحَمْلِهِ؛ لأن الربح يحصل بنقل المال من موضع إلىٰ موضع، ولا يمكنه نقله بنفسه.

وله أن يبيع بالنسيئة والنقد؛ لأن الأمر [بالبيع] عام، ولأن الوكيل يملك

---

(١) في أ (ما شاء).




ذلك، وتصرفه[1] أعم، وله أن يوكل بالبيع والشراء؛ لأن الإذن [على] عادة التجارة، ولأن الوكالة أخص من المضاربة، فجاز أن يستفاد من مقتضاها[2].

قال: (وكل ما كان للمضارب أن يفعله، فله أن يوكل بذلك؛ لأنه يملك التصرف بأمر عام، فملك أن يوكل به كالشريك)[3]، وكل ما يجوز للمضارب أن يفعله بعد نهي رب المال أو بعد موته، فله أن يوكل به؛ وذلك لأنه [قد] استفاد بمقتضى المضاربة، فصار حقًا من حقوقه، حيث لم ينعزل عنه بالعزل، فجاز توكيله فيه لحقوق نفسه.

وما لم يجز فعله للمضارب لم تجز وكالته على رب المال؛ (لأن ما لا يملك فعله بنفسه، فلأن لا يملكه وكيله أولى)[4].

قال: وله أن يرهنه بدين عليه في المضاربة [٣٤٠/أ] من مال المضاربة، وأن يرتهن بدين له منها على رجل؛ لأن الرهن للإيفاء، والارتهان للاستيفاء، وهو يملك ذلك بعقد عام.

وإن استدان على المضاربة لم يجز ذلك على رب المال؛ لأن ما يبتاعه المضارب، قيمته [مضمون][5] له على رب المال، ألا ترى أنه إذا اشترى برأس المال فهلك قبل التسليم، رجع عليه المضارب بمثله، ولم يرض أن يضمن إلا مقدار رأس المال، فلو جوّزنا الاستدانة لزمه ضمان ما لم يرض بضمانه، وهذا لا يصح.

---

(١) في أ (وتصرف المضارب).

(٢) انظر: الأصل ٤/١٥٣.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٤) العبارة في أ (لأنه لا يملك فعله بنفسه؛ فلأن لا يملك توكيله أولى).

(٥) في ب (مضمن له) والمثبت من أ.

قال: فإن رهن به من متاع المضاربة شيئًا ضمنه ؛ لأنه لما لم يجز أن يستدين على [رب] المال صار مستدينًا لنفسه، والدين عليه، فلا يجوز أن يرهن به مال المضاربة، كما لا يملك إيفاءه منها.

قال: فإن كان رب المال أذن له أن يستدين، كان الدين عليهما نصفين، فإن أذن له أن يرهن فرهن رهنًا فهلك وقيمته والدين سواء، كان على المضارب نصف قيمته.

قال: والأصل في هذا [الباب]: إن رب المال إذا أذن للمضارب أن يستدين على المال، فما يستدينه شركة بينهما[١] شركة وجوه، فإذا أطلق الاستدانة كان ما يشتري[٢] بينهما نصفين، ألا ترى أن المشترى بالدَّيْنِ لا يجوز أن يكون مضاربة؛ لأنها لا تصح إلا في مال عين، فلم يبق إلا بأن يكون شركة وجوه، وإطلاق الشركة يقتضي التساوي، ولا فرق بين أن يكون الربح بينهما في المضاربة نصفين أو أثلاثًا؛ لأن هذه شركة على حيالها، فلا تبتنى على حكم المضاربة.

وقد بيّنا أن شركة الوجوه لا يتفاضلان في ربحها إلا أن يشرطا التفاضل في الضمان، فإن شرطا أن المشترى أثلاث كان الربح كذلك، وإن أطلقا فالمشترى نصفان، فلا يجوز أن يتفاضلا في الربح.

وإذا ثبت أن هذه شركة وجوه فقد صار الثمن دينًا عليهما من غير مضاربة، فلا يملك المضارب أن يرهن مال المضاربة إلا بإذن رب المال، فإن أذن له رب

(١) في أ (فهما شريكان شركة الوجوه).
(٢) في أ (ما اشترى).




المضاربة أن يرهن بجميع الثمن فقد أعاره نصف الرهن ليرهنه بدينه، فإذا هلك صار ذلك مضمونًا عليه. والله تعالىٰ أعلم[١].

٢٣٣٥ - فَصْل: [رهن المضارب بعد نهي رب المال عن العمل]

قال: وليس للمضارب أن يرهن بعد نهي رب المال له عن العمل والمضاربة، ولا بعد موته؛ وذلك لأن النهي والموت يبطلان المضاربة إلا في التصرف الذي يؤدي إلىٰ أن ينضّ[٢] به، رأس المال؛ لأن رب المال لا يملك عزل الوكيل عن ذلك.

ولهذا قالوا: إن المضارب [بعد] النهي أو الموت يملك أن يبيع ما بيده من العروض؛ لأن بالبيع ينضّ رأس المال، ولا يملك أن يشتري؛ لأن بالشراء لا ينضّ، وإنما هو تصرف علىٰ المضاربة، وقد انعزل عن ذلك[٣].

إذا ثبت هذا: فالرهن تصرف لا ينضّ به رأس المال، فلا يملكه.

قال: وإذا باع شيئًا فأخّر علىٰ المشتري الثمن جاز، وهذا ظاهر علىٰ قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الوكيل بالبيع عندهما يملك ذلك، فالمضارب أولىٰ؛ إلا أنهما قالا في الوكيل: إذا أخّر ضمن، والمضارب لا يضمن؛ لأن المضارب يملك أن يستقيل ثم يبيع بالنَّساء، فكذلك يملك أن يؤخر ابتداءً، فلا يضمن، والوكيل لا يملك أن يقايل[٤] ثم يبيع بالنَّساء، فإذا أخّر ضمن.

---

(١) انظر: الأصل ٤/١٤٦ وما بعدها.

(٢) «نَضَّ: أهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير: النض والناض، إذا تحول عينًا بعد أن كان متاعًا»، والمال النضّ: هو المال الصامت. انظر: المصباح، مختار الصحاح (نضّ).

(٣) انظر: الأصل ٤/٢٦٤.

(٤) من إقامة العقد أو البيع، أي: رفعه برضا المتعاقدين. انظر: المصباح (قيل).




فأما أبو يوسف فقال: لا يجوز تأخير الوكيل، ويجوز تأخير المضارب؛ لأن المضارب يملك أن يشتري السلعة(١) أو يستقيل فيها، ثم يبيعها نَساء، فكذلك يملك أن يؤخر ثمنها، والوكيل لا يملك ذلك.

قال: فإن احتال بالثمن على رجل، والمحتال عليه مُوسرًا كان أو معسراً فهو جائز؛ وذلك لأن الحوالة(٢) من عادة التجار؛ لأنهم ربما تمكنوا من اقتضاء المحتال عليه أكثر مما يمكن اقتضاء المحيل، وليس هذا كالوصي إذا احتال بمال اليتيم؛ [لأن] ذلك إن كان أصلح [٣٤٠/ب] جاز، وإلا لم يجز؛ لأن تصرف الوصي لليتيم على وجه الاحتياط [فما لا احتياط فيه](٣) لا يجوز، وتصرف المضارب على عادة التجار، فما اعتادوه [جاز].

قال محمد: وله أن يستأجر أرضًا بيضاء ويشتري ببعض المال طعامًا فيزرعه فيها، وكذلك [له] أن يقلبها ليغرس فيها نخلاً أو شجرًا [أو رطابًا]، فذلك كله جائز، والربح على ما شرطا؛ لأن الإجارة من التجارة، وهو مالك للتجارة، ولأن الاستئجار من عادة التجار، فجاز للمضارب.

قال: ولو أخذ المضارب نخلاً أو شجرًا [أو رُطْبًا](٤) معاملة على أن ينفق على ذلك من المال، لم يجز على رب المال وإن كان قال: اعمل [في ذلك] برأيك حين دفع إليه المال؛ [وذلك] لأن هذا عقد على منافع المضارب، فصار

---

(١) في أ (يشتري الجارية ويستقيل فيها).

(٢) الحوالة من التحول والانتقال: نقل الدين من ذِمَّة إلى ذمة أخرى. أي: من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. انظر: المغرب؛ المصباح (حول).

(٣) في ب (والاحتياط عليه) والمثبت من أ.

(٤) «والرُّطْبُ وزان قُفْل ـ المرعى الأخضر من بقول الربيع» كما في المصباح (رطب)

كما لو أجر نفسه للخدمة، ولا يعتبر ما شرط من الإنفاق؛ لأن ذلك تابع للعمل ليس بمعقود عليه كالخيوط في إجارة الخياطة، والصَّبْغُ في الصِّبَاغَةِ.

قال: وكذلك إن قال له: اعمل في ذلك برأيك حين دفع إليه المال؛ لأن هذا [يفيد][1] تفويض الرأي في المضاربة، والمضاربة تصرف في المال، وأمّا منافع المضارب فلا يجوز أن يستحق بدلها رب المال.

قال: ولو أخذ أرضًا مزارعة على أن يزرعها، فما خرج من ذلك كان نصفين، فاشترى طعامًا ببعض المال فأنفق بقيته عليه، قال محمد: [فإن] هذا يجوز إن كان قال له اعمل برأيك، وإن لم يكن قال له اعمل برأيك لم يجز؛ وذلك لأنه يوجب حقًا لرب الأرض في مال رب المال، فصار كأنه شارك بمال المضاربة، والمضارب لا يملك الشركة بالإطلاق، وإذا قال له: اعمل برأيك ملك، كذلك هذا[2].

وقد قال أبو الحسن: إن الأرض والبذور والبقر إن كان من قِبَلِ رب الأرض، والعمل على المضارب، لم يكن ذلك على المضاربة، وكان للمضارب خاصة، وهذا على ما بيّنا أنه عقد على منافع نفسه، وبدل المنافع لا يدخل في المضاربة، وكذلك لو شرط البقر على المضارب؛ لأن العقد [وقع] على منفعة، والآلة تبع لم يقع عليها عقد.

٢٣٣٦ ـ فَصْل: [دفع المضارب أرضًا بغير بذر مزارعةً]

فإن دفع المضارب أرضًا بغير بذر مزارعة جاز، سواء قال له: اعمل برأيك

---

(١) في ب (عقد) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤/١٦٠ وما بعدها.




أو لم يقل؛ [وذلك] لأنه لم يوجب شركة في مال رب المال، وإنما هو في حكم المؤاجر لأرضه؛ ولهذا قالوا فيمن [آجر][1] أرضًا ليزرعها ببذره فدفعها إلىٰ غيره مزارعة، جاز، و[لو] لم يقل له رب الأرض اعمل فيها برأيك. والله أعلم.

٢٣٣٧ - فَصْل: [بيع المضارب عبيد المضاربة]

قال أبو الحسن: وللمضارب أن يبيع عبيد المضاربة إذا لحقهم دَيْنٌ كان المولىٰ حاضرًا أو غائبًا؛ وذلك لأن البيع في الدين يملكه من يملك بيع العبد، ورب المال لا يملك البيع، وإنما يملكه المضارب، فلا معنىٰ لاعتبار حضور رب المال.

قال: وليس للمضارب في قول أبي حنيفة ومحمد أن يزوِّج عبدًا ولا أمة من مال المضاربة، وهذه المسألة قد بيّناها في موضعها، وذكرنا قول أبي يوسف: أنه يزوج الأمة ولا يزوج العبد.

وقال ابن رستم عن محمد: ليس للمضارب أن يتزوج بأمة من المضاربة ولا يزوجها؛ [وذلك] لأنه لا يملك أن يعقد علىٰ مال المضاربة لنفسه، كما لا يملك أن يشتري شيئًا منها لنفسه.

قال: فإن تزوج أمة من المضاربة بإذن رب المال فهو جائز، وقد خرجت من المضاربة؛ وذلك لأن مال المضاربة إذا لم يكن فيه ربح فلا ملك للمضارب فيه، فجاز أن يتزوج بإذن رب المال، كما يتزوج بسائر جواريه.

وأمّا خروج الجارية من المضاربة؛ فلأن العادة أن من تَزَوَّجَ امرأةً حفظها

(١) في ب (أخذ) والمثبت من أ.

وسترها، والمضاربة تقتضي العرض على البيع وإبرازها للمشترين، فلما اتفقا على التزويج كان ذلك رضًا منهما [٣٤١/أ] بفسخ المضاربة فيها.

قال: ويلزم رب المال مقدار قيمتها من المال.

قال: ومعنى هذا: أن ذلك القدر يحتسب عليه من رأس المال؛ لأنه لما أخرجه من المضاربة صار كأنه استرجعه.

وقد قال الحسن عن أبي حنيفة: إن المضارب لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لعبد من المضاربة؛ [وذلك] لأن التزويج ليس من التجارة، وتصرفه خاص في التجارة، وينبغي أن يكون هذا قولهم؛ لأن عند أبي يوسف وإن جاز له أن يزوج الأمة لم يجز(١) له تزويج العبد.

قال: وليس للمضارب ـ إذا لم يقل له اعمل برأيك ـ أن يدفع المال إلى غيره مضاربة، ولا [يشارك به]، ولا يخلط بماله ولا مال غيره في قولهم؛ لأن العقد المطلق لا يستفاد بمقتضاه مثله، وإنما يستفاد ما هو دونه، والمضاربة مثل المضاربة، فلا يملكها(٢) بمقتضاها، كما لا يملك الوكيل أن يوكل.

وأما الشركة فهي أعَمّ من المضاربة، فأولى أن لا يكون من أحكامها، فأما خلط المال؛ فلأنه(٣) ثبت في مال رب المال حقًا لغيره، وذلك لا يجوز إلا بإذنه.

وأما إذا قال: اعمل برأيك، فقد فَوَّضَ إليه الرأي في التصرف الذي يفعله التجار، فجاز أن يفعل ذلك؛ لأنهم قد يفعلونه.

---

(١) في أ (ليس له).

(٢) في أ (يستفاد).

(٣) في أ (فإنه يثبت).




وقد قالوا في الرواية المشهورة: إنّ للمضارب أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة ؛ [وذلك] لأنه من عادة التجار.

وروىٰ ابن رستم عن محمد: أنه لا يملك ذلك بإطلاقها ؛ لأن الإذن في التجارة أعم من المضاربة ، فلا يجوز أن يستفاد بإطلاق [العقد] ما هو أكثر منه.

قال: وليس له أن يعتق علىٰ مال ؛ لأن العتق صريح التبرع ، فلا يملكه الإنسان في مال غيره إلا بإذنه ، وليس له أن يكاتب ؛ لأن الكتابة ليست من التجارة ، وتصرفه خاص في التجارة[١].

قال: ولا يقرض ؛ لأن القرض تبرع ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «**قرض مرتين كصدقة مرة**»[٢] والتبرع لا يجوز في ملك الغير.

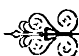
قال: ولا يأخذ سفتجة ؛ لأن السفتجة استدانة ، وهو لا يملك الاستدانة ، وكذلك لا يعطي سفتجة ؛ لأن دفع السفتجة إقراض ، وهو لا يملك القرض.

وقال محمد عن أبي حنيفة: ليس له أن يقرض ولا يأخذ سَفْتَجَةً حتىٰ يأمره بذلك بعينه ، فيقول له: خذ السفاتج وأقرض إن أحببت ، فأمّا إن قال له: اعمل في ذلك برأيك فإنما هذا علىٰ البيع والشراء ، والشركة ، والمضاربة ، وخلط المال ، وهذا قول أبي يوسف وقولنا ؛ وذلك لأن قوله: (اعمل برأيك) استفاد به عموم التصرف في التجارة ، ولا يملك به التبرع ولا الاستدانة ؛ لأن التبرع ليس من عمل المضاربة ، وإنما فوّض إليه الرأي في عمل المضاربة.

---

(١) اظر: الأصل ٤/٢٦١ ، ٢٦٢.

(٢) أخرجه البزار من حديث ابن مسعود ﵁ مرفوعًا بلفظ: (يعدل صدقة مرة) ٥/٤٤ ؛ ونحوه أخرجه ابن ماجه (٢٤٣٠).




فأمّا الاستدانة فقد بيّنا أنها شركة وُجُوْهٍ، وهو إنما فَوَّضَ إليه الرأي في المضاربة خاصة، فأما في عقد آخر لا تعلق له به، فإنه [لا] يدخل في ذلك.

قال: وللمضارب أن يسافر بالمال وإن لم يقل له: (اعمل فيه برأيك) في قول أبي حنيفة في رواية محمد والحسن بن زياد، وهو قولهما أيضًا، وكذلك روى محمد عن أبي يوسف، وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف: أنه ليس له أن يسافر بالمال.

وقال أبو يوسف عن أبي حنيفة: إذا دفع إليه المال بالكوفة وهما من أهلها، فإن أبا حنيفة قال: ليس له أن يسافر بالمال، وإن كان الدفع في [مصر](١) غير الكوفة، فللمضارب أن يخرج به حيث شاء.

أما وجه الرواية المشهورة: [٣٤١/ب] فلأن المضاربة مشتقة من الضَّرْبِ في الأرض؛ وذلك يقتضي السفر، ولأنها إذن عام في التصرف فلا يختص بمكان دون مكان(٢).

وجه رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة: فلأن السفر بالمال خطر، فلا يجوز إلا بإذن المالك، أوما يدل على الإذن، فإذا دفع إليه المال في بلدهما ولم يأذن له في السفر، ولا وجد ما يدل على الإذن، فأما إذا دفع إليه المال في غير بلدهما، فالعادة أن الإنسان يأخذ المضاربة ولا(٣) يلتزم ترك وطنه، فصار دفع المال رضًا بالرجوع إلى الوطن، فتضمنت المضاربة السفر، فجاز أن يسافر حيث شاء.

---

(١) في ب (غير مصر في) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤/١٤٧ وما بعدها.

(٣) في أ (لا يأخذ المضاربة ويلتزم).




وقد بَيَّنَّا من قول أبي يوسف الفرق بين الموضع الذي لا يثبت فيه عن وطنه وبين ما يثبت، وبيّنا الرواية [التي فرق فيها بين مَا لَهُ](١) حمل [ومؤونة، وبين] ما لا حمل له في الشركة، فالمضاربة على ذلك.

قال: وإذا اشترى المضارب بالمال متاعًا أو لم يشتر، ثم نهاه رب المال أن يخرجه من المصر الذي اشتراه فيه، فليس له أن يخرجه من ذلك البلد، فإن أخرجه، فهو ضامن.

وكذلك إن مات رب المال فسافر بالمال وهو عين أو متاع وقد علم بالموت أو لم يعلم، فهو سواء، وهو بمنزلة نهي رب المال وعلم المضارب بالنهي.

فقال الشيخ رحمه الله تعالى: وجملة هذا أن المضاربة المطلقة إذا خصصها رَبُّ المال بعد العقد، فإن كان المال بحاله لم يشتر المضارب به شيئًا، أو كان مالاً عينًا قد باع به ما اشتراه فتخصيصه جائز، كما لو خصص المضاربة في الابتداء؛ لأنه يملك العزل في هذه الحالة، فلذلك يملك النهي عن بعض مقتضى العقد؛ لأن ذلك عزل عن بعض ما جعل إليه(٢).

وأما إذا اشترى [المضارب] بالمال متاعًا، فكل شيء استفاده المضارب بإطلاق المضاربة ليس لرب المال أن ينهاه عنه، فإن نهاه لم يتعلق بنهيه حكم في هذا المتاع حتى ينضّ ثمنه.

وهذا مثل أن يقول: لا تبع بالنسيئة؛ وذلك لأن المضاربة قد تمت بالشراء،

---

(١) في ب (فيما بينما له) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤/٢٠٩، ٢٦١ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٧٠ وما بعدها.

فلو أراد العزل عن البيع لم يجز، فكذلك إذا أراد العزل عن مقتضىٰ البيع لم يجز.

فأما السفر، فعلىٰ الرواية التي قال إنه يسافر بإطلاق العقد إذا نهاه عن السفر بعدما اشترىٰ المتاع لم يعمل نهيه؛ لأن ذلك قد ملكه بحكم العقد، فلا يملك عزله عنه[١] مع تمام العقد.

وعلىٰ الرواية التي قال: لا يملك السفر بإطلاق العقد وإنما يملك بتفويض[٢] رب المال، فإذا عزله عنه جاز؛ لأن هذا ليس بمقتضىٰ العقد، وإنما استفاده بأمر آخر انضم إلىٰ العقد، فجاز عزله عنه.

وعلىٰ هذا إذا كان قال له: اعمل برأيك، ثم نهاه عن الشركة وخلط المال، جاز نهيه؛ لأن ذلك لم يستفده بإطلاق المضاربة.

فأما إذا مات رب المال فقد انعزل المضارب من طريق الحكم، فهو كالعزل بالقول، فلا يملك الشراء المبتدأ، ويملك بيع ما اشترىٰ؛ لينضّ رأس المال، كما يملك البيع [بعد العزل][٣].

فأما إذا مات رب المال لم يكن له أن يسافر؛ لأن الأمر الذي استفاد به التصرف بطل، وليس هذا كالنهي عن السفر؛ لأن النهي لا يبطل أمر رب [٣٤٢/أ] المال، وإنما رب المال يبطل به تصرف المضارب، فلا يملك [ذلك] فيما تم العقد فيه.

---

(١) في أ (بعد).

(٢) في أ (بتفويض الرأي).

(٣) في ب (بعزله) والمثبت من أ.




وقد قالوا: إن المضارب إذا خرج بالمال بعد الموت إلىٰ مصر رب المال لم يضمن استحسانًا ؛ وذلك لأن رأس المال يجب عليه تسليمه إلىٰ الورثة ، فلا بد من رده إلىٰ مصرهم.

وإنما استوىٰ في الموت العلم والجهل ؛ لأنه عزل من طريق الحكم.

وقال بشر وعليّ بن الجعد عن أبي يوسف: إذا كان المال قائمًا بعينه ـ يعني: مال المضاربة ـ [فله أن][1] يمنع من البيع بنسيئة ، وكذلك لو نهاه أن يعمل به ، وكل ما نهاه قبل أن يعمل بالمال فيشتري به متاعًا ، فنهيه جائز ، وهذا [يدل] علىٰ ما بيّنا أن العقد لم يتم ، فجاز له التخصيص ، كما يجوز له العزل.

قال: فإذا اشترىٰ به متاعًا قال أبو يوسف: ليس لرب المال أن يمنع المضارب من بيعه بنسيئة ، ومن شخوصٍ بالمتاع إلىٰ بلد ، ولا أن يأخذ علىٰ يده في شيء ينقص ما كان في أصل المضاربة ، ولا أن يمنعه من [البيوع][2] يكون الفضل فيها ، أرأيت مضاربًا أخذ مالاً مضاربة علىٰ أن يبيع بالنقد والنسيئة ، ويتجر في أنواع التجارات ، وفي البلدان ، فاشترىٰ طعامًا ببلد فلما قبض ونقد أراد أن يحرزه إلىٰ مدينة السلام لما بلغه من غلاء السعر ، فقال رب المال: لا تحرزه ، فقد احتجت إلىٰ مالي ، فبعه وأعطنيه ، فليس ذلك لرب المال.

وللمضارب الأمر العام المعروف بين الناس ، ليس له في ذلك ضرر ولا ما لا يعمل به التجار في مثل ذلك ، ولا أن يبيع إلىٰ أجل لا يبيع التجار إليه ، ولا أن يحمل ذلك في السفر المخوف الذي [يتحاماه][3] التجار ، إنما هذا علىٰ ما

(١) في ب (فإنه) والمثبت من أ ، ويدل عليه ما بعده.
(٢) في أ (التبرع) والمثبت من ب.
(٣) في ب (قد تجافاه) والمثبت من أ.

يعمل التجار ويعرفه الناس.

وهذا على ما قدمنا أن ما استفاده بإطلاق المضاربة لا يملك رب المال نهيه عنه فيما اشتراه، فأما الأجل الذي لا يبيع الناس إليه والسفر في الطريق المخوف؛ فلأن ذلك لا يملك بإطلاق العقد، فلذلك لم يجز له.

وقال الحسن بن زياد: إذا دفع إليه مالاً مضاربة، وقال له: اعمل برأيك، [ثم قال: لا تعمل برأيك] فنهيه صحيح، وإذا كانت المضاربة مطلقة ثم قال بعد ذلك: لا تبع بنسئية، أو قال: لا تخرج به من المصر، أو قال: لا تبع منه شيئًا من فلان، أو قال: لا تشتر به البز، أو لا تشتر الدقيق، أو لا تشتر جارية، ولا دارًا، لم يكن نهيه نهيًا، وكان للمضارب أن يفعل ذلك؛ لأن قوله (اعمل فيه برأيك) قد بيّنا أنه أمر آخر انضم إلى المضاربة، فجاز العزل عنه، وأما البيع [بالنسيئة][1] والبيع ممن شاء وابتياع ما شاء مستفاد بإطلاق المضاربة، فلا يملك العزل عنه بعد تمامها، وهذا محمول على أنه نهاه بعد الشراء.

قال: وإذا دفع الرجل إلى رجلين مالاً مضاربة وقال لهما: اعملا في ذلك برأيكما، أو لم يقل، فليس لأحدهما أن يبيع ولا يشتري بغير إذن صاحبه، ولا يعمل أحدهما شيئاً مما للمضارب الواحد أن يعمله؛ لأن رب المال رضي برأيهما، ولم يرض برأي أحدهما، فصار كالوكيلين، ولأنه وإن كان فوّض الرأي [والاختيار] إليهما، فإنما فَوَّضه على الاجتماع، ولم يفوضه على الانفراد.

قال: وإن أذن له الشريك في شيء من ذلك جاز في قولهم، رواه محمد في المضاربة الكبيرة؛ وذلك لأنه فَوَّض الرأي إليهما وقد نفذ العقد برأيهما،

(١) في ب (بذلك النسيئة) والمثبت من أ.

فكأنهما عقداه.

قال: فإذا دفع الرجل إلىٰ الرجل مالاً مضاربةً، وأجاز ما صنع في ذلك، فاشترىٰ به خمرًا أو خنزيرًا أو ميتة، أو مُدَبّرًا أو أمَّ [٣٤٢/ب] ولد، أو مُكَاتَبًا، وهو يعلم أو لا يعلم، فقبض ذلك ودفع الدراهم، فهو ضامن للدراهم التي دفع؛ وذلك لأن الإذن في الشراء علىٰ المضاربة، فيقتضي شراء ما يمكن بيعه؛ لأن الربح لا يحصل إلا بالبيع، وهذه الأشياء لا يجوز بيعها، فلم يتضمنها الإذن، فإن اشتراها المضارب كان مشتريًا لنفسه.

قال: وإذا اشترىٰ [بيعًا][١] فاسدًا مما يملك إذا قبض فليس بمخالف، وهو[٢] علىٰ المضاربة؛ لأن الإذن في الشراء عام في الصحيح والفاسد، فما[٣] يمكن بيعه بعد ابتياعه فقد دخل تحت الأمر، فلا يكون مخالفًا.

قال: وإذا اشترىٰ عبدًا بما لا يتغابن الناس [في مثله] فهو مخالف، قال له: اعمل برأيك أو لم يقل؛ وذلك لأن المضارب وكيل بالشراء، فلا يجوز شراؤه إلا بما[٤] يتغابن في مثله؛ لأنه تصرف من طريق الحكم، كالوَصِيّ، وقوله: اعمل برأيك قد بيّنا أنه ينصرف إلىٰ عموم من الرأي فيما يدخل في المضاربة، ولا ينصرف إلىٰ [التبرع والمحاباة][٥].

قال: وإذا باع بما لا يتغابن الناس فيه فهو جائز في قياس قول أبي حنيفة،

(١) في ب (بيعها) والمثبت من أ.
(٢) في أ (وما اشترىٰ).
(٣) في أ (فيما أمكن).
(٤) في أ (لما لا يتغابن).
(٥) في ب (المبيوع والمحاباة تبرع) والمثبت من أ.

ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد، وهذا فرع على مسألة الوكالة.

فأبو حنيفة يقول: إن الوكيل بالبيع يتصرف من طريق الأمر، والأمر عام.

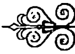
وهما يقولان: الوكالة محمولة على العادة.

وأما إذا باع بنقصان يتغابن فيه جاز في قولهم؛ لأنا لا نتيقن الحظ، ألا ترى أن ذلك يدخل بين تقويم المقومين، فكأنه باع بمثل القيمة.

قال أبو الحسن: إذا قال له: اعمل برأيك، فله أن يعمل جميع ما في هذا الباب: غير القرض، وأخذ السفاتج، والاستدانة على المال، والشراء بما لا يتغابن الناس فيه، فإنه لا يجوز حتى ينص على ذلك بعينه واسمه، وهذا على ما بيّنا. والله أعلم[1].



(١) انظر: الأصل ٤/١٥٠ وما بعدها.




بَابُ
المضاربة الخاصة



قال [أبو الحسن]: وإذا دفع الرجل إلىٰ رجل ألف درهم مضاربة علىٰ أن يعمل بها بالكوفة، فليس [له] أن يعمل بها في غيرها؛ وذلك لأن (علىٰ) من ألفاظ الشروط، والإذن في التصرف إذا كان بشرط وجب اعتباره؛ ولأن هذا التخصيص فيه زيادة [فائدة]، لأن السفر [فيه] خطر، فإذا لم يرض به رب المال لم يجز.

قال: ولا يعطيها بضاعة لمن يخرج بها من الكوفة؛ [لأنه إذا لم يملك أن يخرج بنفسه، لم يملك الأمر بذلك، فإن أخرجها من الكوفة] ضمن إذا اشترىٰ بها وباع، وما اشترىٰ فهو لنفسه، له ربحه وعليه وضيعته؛ لأنه تصرف علىٰ غير الوجه المأذون، فصار كالمبتدئ بالتصرف في ملك الغير.

قال: وإن لم يشتر بها شيئًا حتىٰ رَدَّها إلىٰ الكوفة برئ من الضمان ورجع المال مضاربة علىٰ حاله؛ وذلك لأنه مؤتمن في المال، وإنما ضمن بالتعدي [فإذا ردّها قبل الشراء] فقد أزال التعدي، فصار كالمودع إذا تعدىٰ ثم أزال التعدي، [ولو اشترىٰ ببعضه وردّ البعض، فما اشترىٰ فهو له، وما ردّ رجع علىٰ المضاربة، فإن اشترىٰ في المصر وباع في المصر، كان ما اشترىٰ في المصر مردودًا علىٰ المضاربة]؛ وذلك لأنه لو اشترىٰ بالجميع كان الشراء له، ولو رَدَّ الجميع [كان ما اشترىٰ][1] للمضاربة، فإذا اشترىٰ ببعضه وَرَدَّ بعضه، كان

(١) في ب (فاشترىٰ به، كان) والمثبت من أ.




للبعض حكم الجميع.

قال: وإن دفع إليه على أن يعمل في سوق الكوفة، فعمل بالكوفة في غير سوقها، فهو جائز على المضاربة استحسانًا.

وجه القياس: أنه شرط العمل في مكان بعينه، فلم يجز [العمل] في غيره، كما لو شرط بلدًا بعينه فعمل في غيره.

وجه الاستحسان: أن البلد الواحد كالبقعة الواحدة، فالتخصيص بسوق منه لا فائدة فيه، [وكل أمر لا فائدة فيه] [٣٤٣/أ] يلغو.

قال: [فإن قال]: اعمل به في سوق الكوفة، ولا تعمل به إلا في سوق الكوفة، فعمل في غير السوق فباع واشترى فهو ضامن؛ وذلك لأنه حجر عليه في غير السوق، [وهو يملك الحجر، فلم يجز تصرفه، وليس كذلك الفصل الأول؛ لأنه لم يحجر عليه في غير السوق]، وإنما خَصَّ السوق، والتخصيص يثبت إذا كان فيه فائدة.

وإذا قال: خذ هذا المال لتعمل به في الكوفة، لم يجز العمل في غيرها؛ لأن (في) حرف ظرف، فقد جعل الكوفة ظرفًا للتصرف الذي أذن فيه، فلا يجوز في غيرها، وكذلك إذا قال: فاعمل به بالكوفة؛ لأن الفاء تعلق ما قبلها بما بعدها، فصار العمل بالكوفة هو المأذون فيه، وكذلك إذا قال: خذ هذا المال بالنصف بالكوفة؛ لأن الباء تلحق الصفة بالموصوف، فلم يجز أن يتصرف على غير الصفة المأذون فيها.

ولو قال: خذ هذا المال مضاربة واعمل به بالكوفة، فله أن يعمل بالكوفة

وحيث ما بدا له ؛ لأن الواو للاستئناف ، فقد أذن إذنًا مطلقًا ، وشاوره فيما يعمل في المال ، فلم يختص الإذن به(١).

وإذا قال: خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشتري به الطعام ، [أو قال: اشتر به الطعام ، أو قال: تشتري به الطعام] ، أو قال: في الطعام ، [فذلك كله سواء ، والطعام هو الحنطة والدقيق ، وليس له أن يشتري غير ذلك ؛ لما بيّنا أن (على) حرف شرط ، والأمر إذا تعلق بشرط وجب اعتباره ، والفاء تعلق ما قبلها بما بعدها ، وإذا قال: تشتري به الطعام ، فهذا تفسير الإذن فيختص به ، وإذا قال: في الطعام] ، ففي حرف ظرف ، فإذا دخلت على [ما](٢) يكون ظرفًا صارت شرطًا ، وإنما قلنا: إن الطعام الحنطة ودقيقها ؛ لأن في العادة لا يراد بالطعام كل ما يطعم به ، إنما يراد ما [يطلق](٣) عليه الاسم ، وذلك هو الحنطة دون غيرها ، وأما دقيقها فلأن المقصود به ما يقصد بها ؛ ولأنه كان يسمى طعامًا عندهم على الإطلاق ، والمعتبر فيه ما يتناوله الاسم في كل بلد.

قال: وكذلك كل جنس يذكر من التجارات على هذا اللفظ لما بيّنا أن اللفظ يفيد التخصيص ، فإذا اختص الإذن ، فإن اشترى غيره ، كان ما اشترى له ، فكأنه ابتدأ التصرف بغير أمره.

قال: وله أن يشتري ذلك [الصنف](٤) في المصر وغيره ، وأن يبضع فيه ، ويعمل في ذلك الضرب خاصة جميع ما يعمله المضارب في المضاربة المطلقة ؛

---

(١) انظر: الأصل ٤/١٤٧.
(٢) في ب (ما لا يكون) والمثبت من أ.
(٣) في ب (ينطبق) والمثبت من أ.
(٤) في ب (النصف) والمثبت من أ.

وذلك لأن اللفظ يفيد العموم، فإذا دخله التخصيص من وجه بقي العموم في باقيه على ما كان عليه.

قال: وإذا عطف بالواو في هذا كله فقال [له]: اعمل كذا وكذا فهو مطلق[1]، وهذا القول منه مشورة، وقد بيّنا ذلك.

وإذا قال له: على أن تشتري من فلان وتبيع منه، فهو على فلان خاصة لا يتعداه؛ لأن هذا التخصيص فيه فائدة، وهو الثقة بفلان، وكل تخصيص فيه فائدة يثبت حكمه.

فإذا قال: على أن تشتري بها من أهل الكوفة وتبيع، فاشترى وباع من رجل بالكوفة ليس[2] من أهلها فهذا جائز؛ لأن هذا التخصيص لا فائدة فيه إلا ترك السفر، فكأنه قال: على أن تشتري ممن بالكوفة.

وكذلك إذا دفع إليه مالاً مضاربة في [٣٤٣/ ب] الصرف على أن يشتري من [الصَّيَارِفَة][3] ويبيع، كان له أن يشتري [من] غير [الصيارفة][4] ما بدا له من الصرف؛ لأن التخصيص بالصيارفة لا فائدة فيه إلا تخصيص البلد أو النوع، فإذا حصل ذلك من صيرفي أو غيره فهو سواء.

قال: وإذا دفع إليه مالاً مضاربة ثم قال له [بعد ذلك: اشتر البَزَّ وبِهِ][5]،

---

(١) في أ (فهي مطلقة).

(٢) في أ (من غير).

(٣) في ب (الصارف) والمثبت من أ.

(٤) في ب (الصارف) والمثبت من أ.

(٥) في ب (هذا لك، اشتر به البز ومع) والمثبت من أ.




فله أن يشتري البز وغيره، وهذا محمول على أنه نهاه بعد الشراء، وقد بيّنا أن ما استفاده بإطلاق المضاربة إذا خصّه بعد العقد، فإن كان المال عيناً جاز تخصيصه، وإن كان قد اشترى به لم يعمل به تخصيصه، إلا أن يبيعه بمال عين، فيؤثر التخصيص عند ذلك، ولا يجوز أن يشتري إلا ما قال.

قال: وإذا دفع إليه مالاً مضاربة على أن يشتري ويبيع بالنقد، فليس له أن يشتري ويبيع إلا بالنقد؛ لأن هذا التخصيص فيه فائدة، فتعلق الأمر به.

فإن قال: بع بنسيئة ولا تبع بالنقد، فباع بالنقد جاز؛ لأن هذا أنفع من النسيئة، والتخصيص الذي لا فائدة فيه لا يثبت، وهذا كما لو قال: بع بعشرة فباع بأكثر منها. والله ﷻ أعلم بالصواب وإليه المآب[1].



(١) انظر: الأصل ١٤٨/٤ وما بعدها.

بَابُ
اختلاف رب المال والمضارب
(على أيّ شرطٍ قَبِلَ المالَ)[1]



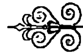
قال الشيخ رحمه الله تعالى: أصل هذا الباب: أن مقتضى المضاربة العموم على ما قدمنا، فإذا اختلفا فالقول: قول من يدَّعي العموم منهما؛ لأنه يَدَّعي مقتضى العقد، والمدعي للخصوص يدعي زيادة شرط، فلا تقبل دعواه، فإن [اتفقا على أن العقد وقع خاصًا فالقول: قول رب المال؛ لأنهما] اتفقا على العدول عن ظاهر العقد، وأنه وقع على الخصوص، فصار كالوكالة الخاصة إذا اختلفا فيها أن القول قول الموكِّل.

قال ابن سماعة وعلي بن الجعد عن أبي يوسف: إذا اختلف المضارب ورب المال في التجارة، فقال رب المال: أمرتك أن تَتَّجِرَ في الحنطة دون ما سواها، وقال المضارب: ما سميت لي تجارة بعينها، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا: القول قول المضارب مع يمينه؛ وذلك لأنه ادَّعَى مقتضى العقد، وادعى رب المال العدول عن مقتضاه، فلم يُقْبَلْ قوله، وعلى المضارب اليمين؛ لأن القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة، وهذا مما يصح بذله.

وقال الحسن: القول قول رب المال، ومن أصحابنا من قال: إنه قول زفر؛ لأن الأمر مستفاد من جهة رب المال، فالقول قوله كيف أمر.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

قال: فإن قامت لهما بينة على ما قالا ، فالبينة بينة المضارب.

إذا زادوا في الشهادة حرفًا واحدًا ، فقالوا: نشهد أنه أعطاه إياه مُضَارَبَةً في كل تجارة ، ولو لم يشهدوا بهذا الحرف وقالوا: أعطاه مضاربة ، فالبينة بينة رب المال ؛ وذلك لأنهم إذا شهدوا بمطلق المضاربة ، فشهود رب المال قد شهدوا بشرط زائد ، فشهادتهم [٣٤٤/أ] أولى ، وإذا شهد شهود المضارب: أنه دفع إليه في كل شيء ، فقد شهدوا بزيادة لفظ لم يشهد به الآخرون.

قال: والشهادة في هذا[١] الوجه على زيادة الحروف والمعاني ، وهذا يدل على أن الأخبار المتعارضة ترجح بالزيادة في اللفظ.

قال: فإن لم يختلفا في أنواع التجارة ، واختلفا في [الكون][٢] دون ما سواها ، فهو كذلك ، يعني: في المنع من السفر ؛ لأن المضاربة تقتضي إطلاقها في الرواية المشهورة للسفر.

فإذا ادَّعَى رب المال أنه نهاه عن السفر ، فقد عدل عن إطلاق العقد ، فلا يقبل قوله ، فأما على قول من قال إنّ المضارب لا يسافر ، فالقول قول رب المال ؛ لأنه يَدَّعِي مقتضى إطلاق العقد ، والمضارب[٣] يدعي زيادة شرط فيه.

قال: فإن قال رب المال: دفعت إليك المال مضاربة في البَزِّ ، وقال المضارب: في الطعام ، فالقول: قول رب المال ، وهذا في قولهم ؛ [وذلك] لأنهم اتفقوا على خصوص العقد وزوال إطلاقه ، فلم يجز الرجوع إلى ما يقتضيه

---

(١) في أ (في هذه الوجوه).
(٢) في ب (كور) والمثبت من أ.
(٣) في أ (والمدعي).

الإطلاق، فكان القول قول من [استفيد][1] الإذن من جهته، فإن أقاما بينة (كانت بينة المضارب أولىٰ)[2]؛ وذلك لأنه يثبت شرطًا زائدًا تنفيه بينةُ رب المال، والبينة [المثبتة] أولىٰ.

وقد قالوا في البينتين إذا تعارضتا في صفة الإذن، وقد وقتتا، فالوقت الآخر[3] أولىٰ؛ لأن الشرط الثاني ينقض الأول، فكان الرجوع إليه أولىٰ. والله ﷻ أعلم بذلك[4].



(١) في ب (استفاد) والمثبت من أ.

(٢) في أ (فالبينة بينة المضارب).

(٣) في أ (الأخير).

(٤) انظر: الأصل ٤/٣٥٤، ٣٥٥.




بَابُ
نفقةُ المُضَارِب عَلَى نَفْسه مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ



قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعًا: لا نفقة للمضارب في المال إذا عمل به في مصره[1]، وإن أنفق على نفسه من مال المضاربة شيئًا فهو ضامن [له][2]؛ لأن القائل في النفقة أحد قائلين:

إما من قال: لا يجوز أن ينفق بحال إلا بإذن رب المال.

ومن قال: ينفق في السفر دون الحضر، فصار الحضر إجماعًا.

فإذا أنفق ضمن؛ لقوله تعالى: ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله عليه الصلاة السلام: «**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه**»[3].

قال: وإن سافر بالمال للعمل به، فنفقته فيما يكتري لركوبه، ونفقته على نفسه من كسوة أو طعام يأكله، أو أجير يخدمه، أو ثوب يلبسه، أو فراش ينام عليه، أو ماء يشربه، أو علف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه، أو غسل ثيابه [في المال]، وكذلك من شراء دابة ليركبها، روى هذا بشر بن الوليد

---

(١) في أ (المصر).
(٢) انظر: الأصل ٤/ ١٧٩.
(٣) أخرجه الإمام أحمد في المسند من حديث عمرو بن يثربي، ٥، ٧٢؛ والبيهقي في الكبرى، ٥/ ١١٣؛ وقال الهيثمي: «ورجال أحمد ثقات» مجمع الزوائد ٤/ ١٧٢. انظر: التلخيص الحبير، ٣/ ٤٥.

عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وليس بين أصحابنا خلاف في هذه الجملة.

والأصل في جواز النفقة من المال: أن العادة أن الإنسان لا يسافر في مال غيره إلا طلبًا للفائدة، فتعجيل[1] النفقة من ماله لربح يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون، (لا يجوز)[2]، وإنما ينفق من المال، فصار المعتاد كالمأذون فيه بالنطق؛ ولأن سفره لأجل المال لا علىٰ وجه التبرع من غير بدل مضمون، فكانت نفقته فيه، وليس كذلك في الحضر؛ لأن إقامته ليست لأجل المضاربة إذا كان مقيمًا قبلها، فلم تكن نفقته في [٣٤٤/ب] المال.

وليس هذا [كالأجير][3]؛ لأنه يعمل ببدل مضمون، فيحصل له العوض، وقد لا يحصل، فجعلت نفقته في المال حتىٰ لا يستضر بالإنفاق [علىٰ نفسه] من مال نفسه، وليس هذا كالمبضع؛ لأنه تبرع بالعمل من غير منفعة، فلم يثبت له النفقة مع إسقاطه لحقه.

وقد روىٰ ابن سماعة عن محمد: في الشريك إذا سافر بالمال أنه[4] ينفق من المال، وهذا صحيح علىٰ ما بيّناه في المضارب.

وإذا ثبت أن النفقة في المال؛ أنفق ما لا بد له منه في سفره؛ لأن الإذن مستفاد بالعادة، فيثبت منه مقدار ما جرت به العادة دون غيره.

قال: وكل دواء يشتريه المضارب أو أجرة لحجامه فهو ضامن [له من] ماله،

---

(١) في أ (فيتعجل).
(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٣) في ب (كالأجنبي) والمثبت من أ.
(٤) في أ (لا ينفق).




وكذلك النورة، وقال الحسن: ذلك في المال في قياس قول أبي حنيفة.

وجه ما [ذكر] في الكتاب: أن النفقة إذا ثبتت في العادة ثبت المعتاد منه دون غيره؛ ولهذا إذا قضى القاضي بالنفقة قضى بالطعام والكسوة، ولم يقض بالدواء والحِجَامة؛ ولأن [كل] ما كان قادرًا [بإذن][1] لا يجوز أن يثبت بالعادة[2].

وجه قول الحسن: أن كل [مال][3] تثبت فيه نفقة الإنسان كان فيه الدواء والحجامة كمال نفسه.

قال: وكذلك الدُّهْن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: الدهن في المال.

وجه قولهما: أن الدهن ليس بمعتاد، ولا تدعو إليه الضرورة، فصار كالطيب.

وجه قول محمد: أن الدهن يستعمل [لمنفعة][4] في البدن غير نادر كالطعام والشراب.

وقال الحسن: ينفق على نفسه في سفره في كسوته وأُدُمه، وإن احتجم أو اطَّلى أو اختضب أو أكل منه فاكهة مثل ما يصنع التجار، كان ذلك له في قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف، وبه نأخذ.

قال أبو الحسن: رواية الحسن في الحجامة [والطّلاء][5] خلاف ما رواه

(١) في ب (ولأن ما كان قادرًا لا يجوز).

(٢) انظر: الأصل ٤/١٨٠.

(٣) في ب (ما) والمثبت من أ.

(٤) في ب (لنفقة) والمثبت من أ.

(٥) في ب (الإطلاق)، وفي أ (والإطلاء). والمثبت هو المناسب للعبارة.

الآخرون، وليس في الخِضاب وأكل الفاكهة رواية عن أبي يوسف ولا محمد أَعلمها[(١)]، والظاهر أن الخضاب كالحجامة؛ لأنه غير معتاد في الرجال، وأما الفاكهة فالمعتاد منها يجري مجرىٰ الطعام والأُدُم.

قال بشر عن أبي يوسف في نوادره: سألت أبا يوسف عن اللحم؟ فقال: كما كان يأكل؛ وذلك لأنه من المأكول المعتاد.

قال أبو الحسن: وسبيل النفقة عندهم جميعًا أن يحتسب من الربح إذا كان في المال ربح، فإذا لم يكن في المال ربح فهو من رأس المال؛ وذلك لأن النفقة جزء هالك من المال، فإن كان هناك ربح كان منه، كما لو هلك بسبب من السماء.

قال أبو الحسن: وما أنفقه من ماله مما له أن ينفقه من مال المضاربة علىٰ نفسه، فهو دين في المضاربة؛ وذلك لأن الإنفاق من المال وتدبيره إليه، فإذا أنفق من مال نفسه رجع فيه، كالوصي إذا أنفق علىٰ الصغير من مال نفسه، فإن هلك المال لم يرجع [٣٤٥/أ] بشيء علىٰ رب المال.

قال محمد: ذلك في المضاربة؛ وذلك لأن النفقة واجبة علىٰ رب المال [من مال][(٢)] مخصوص، فإذا هلك لم يلزمه الضمان، كالزكاة الواجبة إذا هلك المال، وكجناية العبد إذا مات العبد.

قال: وإن خرج من المصر يومًا أو يومين، فله النفقة من مال المضاربة، قال ذلك محمد في كتاب المضاربة عن نفسه وعن أبي يوسف؛ وذلك لأن الخروج من المصر حصل لأجل المال، فصار كالخروج للسفر.

---

(١) في أ (علمنا).

(٢) في ب (في المال) والمثبت من أ.




قال: وإذا خرج المضارب بالمال مسافرًا فأقام في مصر من الأمصار للشراء والبيع، ونوى الإقامة خمسة عشر يومًا فله النفقة ما لم يتخذ الموضع الذي هو فيه دار إقامة، فلا تبطل نفقة المضارب بعد السفر بالمال إلا بإقامته في مصره أو مصر يتخذه دار إقامه؛ [وذلك] لأن إقامته في مصره ليس لأجل المال؛ وكذلك إذا اتخذ بلدًا[1] وطنًا، فإقامته فيه للوطن لا للمال، فصار كالوطن الأصلي، فأمّا إذا نوى الإقامة ولم يتخذ المصر دار إقامة، فإقامته فيه لأجل المال، فجاز أن ينفق منه[2].

قال: [وإذا اتخذ المضارب دارًا][3] بالكوفة وهو من أهل البصرة، وكان قدم الكوفة مسافرًا، فلا نفقة له في المال ما دام بالكوفة، فإذا خرج مسافرًا فله النفقة حتى يأتي البصرة، ثم لا ينفق [من المال] ما دام بالبصرة، فإذا خرج من البصرة أنفق من المال حين يخرج إلى أن يأتي الكوفة، وما كان مقيمًا بالكوفة حتى يعود إلى البصرة؛ [وذلك] لأنه كان مقيمًا بالكوفة قبل المضاربة، (فإذا أخذ المال فإقامته بالكوفة ليس لأجل المال، فلا ينفق منه)[4]، فإذا خرج منها فخروجه لأجل المال، فَينفق منه، إذا دخل البصرة وهي وطنه فإقامته لأجل ذلك الوطن، لا لأجل المال، فإذا عاد إلى الكوفة فوطنه بها كان وطن إقامة، فبطل بالسفر، فقد عاد إليها وليست له بوطن، فإقامته فيها لأجل المال، فكان له النفقة فيه.

(١) في أ (وطنًا آخر).
(٢) انظر: الأصل ٤/١٨٢.
(٣) في ب (وإذا أخذ المضارب مالاً) والمثبت من أ.
(٤) ساقطة من أ.

قال: وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل، ففي مال المضاربة حرًا كان أو عبدًا أو أجيرًا يخدمه أو يخدم دابته، فنفقتهم في المال؛ وذلك لأن نفقتهم كنفقة نفسه، ألا ترى أنه لا يتوصل إلى السفر إلا بهم[١].

قال: إلا أن يكون معه عبيد لرب المال [بعثهم معه يعينونه، فلا نفقة لهم في المال، ونفقتهم على رب المال] خاصة؛ وذلك لأن عبد رب المال يجري مجراه، ومعلوم بأن رب المال إذا أعان[٢] المضارب في العمل لم تكن نفقته في مال المضاربة وكذلك عبده، (وأما عبد المضارب فهو كالمضارب، والمضارب إذا عمل في المال أنفق منه، وكذلك عبده)[٣].

قال: وكل ما أطلقناه للمضارب من النفقة على نفسه وما يحتاج إليه، فهو نفقة بالمعروف على الأمر المعروف بين التجار، فإن تجاوز ذلك ضمن [٣٤٥/ب] الفضل؛ لأنه مأذون بالعادة، فاعتبر المقدار المعتاد دون غيره.

قال: وسواء سافر برأس المال أو بمتاع من المضاربة؛ لأن السفر في الوجهين لأجل المال.

قال: وكذلك لو سافر فلم يتفق له [شراء][٤] متاع من حيث قصد فعاد بالمال، فذلك سواء، ونفقته ما دام مسافرًا في مال المضاربة؛ [وذلك] لأن التجارة تقع على هذا الوجه، ألا ترى أن الإنسان قد يتفق له الشراء في وقت دون

---

(١) انظر: الأصل ٤/١٨٠.

(٢) في أ (إذا كان يعين المضارب).

(٣) ساقطة من أ. انظر: الأصل ٤/١٨٤.

(٤) في ب (فشرى) والمثبت من أ.




وقت، في مكان دون مكان، وإذا كان هذا عمل التجارة لم يضمن النفقة.

قال: وإن سافر المضارب بماله ومال رب المال أو بمالين لرجلين، فنفقته على المالين بالحصص؛ لأن السفر لأجلهما، فكانت النفقة فيهما، فإن كان أحد المالين مضاربة لرجل والآخر بضاعة[1] لرجل آخر، فنفقته في مال المضاربة؛ لأن البضاعة تبرع بالعمل، فلم يكن سفره لأجلها.

قال: إلا أن يتفرغ لعمل البضاعة فينفق من مال نفسه؛ وذلك لأنه تارك للعمل في المضاربة.

قال: وليس على رب البضاعة[2] شيء، إلا أن يكون أذن له في النفقة؛ لأنه تبرع بأخذها فلم يكن له نفقة كالمودع.

قال: ولو خلط مال المضاربة بماله وقد أذن له في ذلك، فالنفقة على الحصص؛ لأن السفر لأجل المالين[3].

قال: وإن رجع المسافر إلى مصره ومعه من الثياب التي اشتراها لكسوته أو غير ذلك من طعام أو غيره، رَدَّهُ في المضاربة؛ لأنه أذن له في النفقة من ملك غيره لأجل سفره، فإذا انقطع السفر زال الإذن، فما بقي يعود إلى أصله.

قال: وإذا انفسخت المضاربة [وفيها][4] ديون على الناس، فإن كان في

(١) البضاعة: السلعة، وكل ما يُتَّجر فيه. والغرض هنا: هي السلعة يضعها صاحبها عند آخر؛ ليبيعها دون أن يأخذ على ذلك أجرًا. انظر: المغرب؛ المصباح؛ معجم لغة الفقهاء (بضع).

(٢) في ب العبارة (على رب المال البضاعة) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ١٨٦/٤.

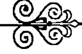
(٤) في ب (والمال) والمثبت من أ.

المال ربح، أجبر المضارب على التقاضي، وإن لم يكن فيه فضل لم يجبر على التقاضي، وقيل للمضارب أجِّل رب المال على الغرماء؛ وذلك لأنه إذا كان هناك ربح فقد حصل له ربح عوض عن العمل، فلزمه إتمام العمل (كما يلزم الأجير)، وأما إذا لم يكن هناك ربح [فلم يحصل له عوض عن العمل][1]، فلا يجبر على إتمام العمل، كما لا يجبر الوكيل؛ ولأنه إذا كان هناك ربح فالمضارب شريك في المال، ولو قبض نصيب نفسه خاصة كان لرب المال أخذه منه؛ لأن رأس المال مقدم على الربح، فلا يزال كذلك (كلما أخذ شيئاً أخذه)[2] منه حتى يستوفي رأس المال، ثم كلما (أخذ شيئاً أخذ حصته منه)[3]، فيؤدي [ذلك] إلى أن يلزمه قبض الجميع، وهذا لا يوجد مع عدم الربح؛ إلا أن حقوق العقد تتعلق بالعاقد دون المالك، فلم يقدر رب المال على المطالبة إلا بالحوالة، فيلزمه أن يحيله بالمال حتى يستوفي[4] حقه.

قال: وإذا دفع الرجل [إلى الرجل] مالاً مضاربة فاسدة، فسافر بها المضارب فلا نفقة له؛ لأن المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة، ألا ترى أن الواجب فيها الأجر، والأجير لا ينفق من المال[5].



(١) في ب (فلم يسلم له منفعة) والمثبت من أ.
(٢) في أ (كلما أخذه هذا الآخر منه).
(٣) في أ (أخذه، أخذه بحصّة منه).
(٤) في أ (حتى لا يقوى حقه).
(٥) انظر: الأصل ١٧٩/٤ وما بعدها.

بَابُ
اختلاف رَبِّ المالِ والمُضَارِب في رَأْسِ المَالِ والرِّبْحِ



قال أبو الحسن: وإذا اختلف رب المال والمضارب في رأس المال والربح، فقال رب المال: رأس مالي ألفان وشرطتُ لك ثُلُث الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح، وفي يد المضارب ألف[1] درهم يقر أنها مال المضاربة، فالقول قول المضارب في أن رأس المال ألف، والقول قول رب المال أنه شَرَطَ له ثُلُثُ الربح، وهذا قول أبي حنيفة الأخير، وهو قول أبي يوسف ومحمد[2].

وكان قوله الأول: إن القول قول رب المال في الأمرين جميعًا، وهو قول زفر، وإنما جعلنا القول قول المضارب في مقدار [٣٤٦/أ] رأس المال؛ لأنه اختلاف في مقدار المقبوض، فالقول قول القابض [كالغاصب]، ولأنه لو قال: لم أقبض شيئًا، كان القول قوله، فكذلك إذا اعترف بشيء دون شيء.

وإنما كان القول في شرط الربح قول رب المال؛ لأن شرط الربح يستفاد من جهته، فالقول قوله فيه؛ ولأنه لو قال: لم أشرط لك ربحًا، وإنما دفعت إليك بضاعة كان القول قوله، فكذلك إذا أقر بشيء دون شيء.

وجه قوله الأول: أن الربح مستفاد من [رأس][3] المال، وقد اتفقا [على]

---

(١) في أ (ألفا).

(٢) انظر: الأصل ٢٢٢/٤، ٢٢٣.

(٣) في ب (أصل) والمثبت من أ.

أن جملة المال مضاربة ، فادّعىٰ المضارب استحقاقًا فيه ، ونفاه المالك ، فالقول قوله .

وليس كذلك إذا قال المضارب: بعض هذه الألفين لي خلطته بها ، أو [هي] بضاعة في يدي ؛ لأنهما لم يتفقا أن الجميع مال المضاربة ، ومن كان في يده شيء فالقول قوله فيه .

وإذا ثبت هذا ، قلنا في مسألتنا: يحكم أن رأس المال ألف ، ونجعل للمضارب ثلث الألف الآخر ، ولا يقبل قول رب المال في زيادة رأس المال ، ولا [يقبل] قول المضارب في زيادة شرط الربح .

وعلىٰ قول زفر: يأخذ رب المال الألفين جميعها .

قال: فإن كان في يد المضارب ثلاثة آلاف والمسألة علىٰ حالها ، أخذ رب المال ألف درهم واقتسما ما بقي من المال أثلاثًا .

وقال زفر: يأخذ رب المال ألفي درهم ويأخذ ثلثي الألف الأخرىٰ ، وقد بَيَّنَّا هذا .

قال: وإذا كان في يد المضارب قدر ما ذكر أنه قبض من رأس المال أو أقلَّ ولم يكن في يده أكثر مما أَقَرَّ ، فالقول قول المضارب عندهم جميعًا ؛ وذلك لأن زفر يقبل [قول ربّ المال في استحقاقه ، وما اعترف المضارب أنّه مال المضاربة .

فأما أن يقبل] قوله في إيجاب الضمان علىٰ المضارب ، فلا .

قال: فإن جاء المضارب بثلاثة آلاف ، فقال: ألف رأس المال ، وألف ربح ،




وألف وديعة، أو مضاربة لآخر، أو بضاعة لآخر أو شركة لآخر، أو عَلَيَّ ألف [درهم] دين، فالقول في الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الأقاويل كلها؛ [وذلك] لأن من في يده شيء، فالظاهر أنه له إلاّ أن يعترف به لغيره، ولم يعترف لرب المال بهذه الألف، فكان القول قوله فيها.

وقال: من جعلنا القول قوله في هذا الباب، فهو مع يمينه؛ لأنّا جعلنا القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة، ومن أقام منهما بينة على ما ادعى من فضل قبلت[1] بينته؛ لأن رب المال إذا أقام البينة على زيادة رأس المال فقد [أثبتت] بينته زيادة (استحقاق، وإذا أقام المضارب بَيِّنَةً على شرط الربح فقد [أثبتت] بينته زيادة)[2] شرط.

ونظير هذا ما قال محمد: إذا قال رب المال شرطتُ لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم، وقال المضارب: بل شرطتَ لي الثلث، فالقول قول المضارب؛ لأنهما اتفقا على شرط الثلث، وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها إلا فساد العقد، فلم يقبل قوله، وإن قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال؛ لأنه أثبت زيادة شرط.

ولو قال رب المال: شرطتُ لك الثلث إلا عشرة، وقال المضارب شرطتَ لي الثلث، فالقول قول رب المال؛ لأنه أقرَّ له ببعض الثلث، والمضارب يدعي تمام الثلث، فلا يقبل قوله في زيادة شرط الربح، فإن أقاما بينة فالبينة بينة المضارب؛ لأنه أثبت زيادة في الشرط.

---

(١) في أ (فالبينة بيّنته).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

ولو قال رب المال: شرطتُ لك [النصف من][1] الربح، وقال المضارب: شرطت لي مائة درهم أو لم تشرط شيئًا ولي أجر المثل، فالقول قول رب المال؛ لأن المضارب يدعي أجرًا مضمونًا في ذمته، وهو ينفي ذلك، فالقول [٣٤٦/ب] قوله، فإن أقام رب المال البينة على شرط النصف وأقام المضارب [بيّنة] أنه لم يشرط له شيئًا من ذلك، فالبينة بينة رب المال؛ لأنها [مثبتة للشرط][2]، وبينة المضارب نافية، ولو أقام المضارب بينة أنه شرط له مائة درهم فبينته أولى؛ لأنه أثبت بها أجر[3] المثل مضمونًا، وأثبت شرطًا في مقابلة الشرط الذي أثبته رب المال، فكانت البينة الموجبة للضمان مع [تساوي البيّنتين][4] في إثبات الشرط أولى.

قال: وقد جعلوا حكم المزارعة في هذا الباب حكم المضاربة، إلا في هذا الفصل، إذا أقام رب الأرض والبذر البينةَ أنه شَرَطَ للعامل نصف الخارج، وقال العامل: شرطتَ لي مائة قفيز، فالبينة بينة الدافع، وفي المضاربة البينة بينة المضارب.

والفرق [بينهما]: أن المزارعة عقد لازم؛ بدلالة أن من لا بذر من جهته لو امتنع من العمل أجبر عليه، فإذا كان العقد لازمًا فالبينة المصححة له أولى، فأما المضاربة فليست بلازمة؛ لأن العامل لو امتنع من العمل لم يجبر، فلم ترجح البينة بالتصحيح، فرجحت بإيجاب الضمان.

(١) في ب (نصف نصف) والمثبت من أ.
(٢) في ب (تثبت الشرط) والمثبت من أ.
(٣) في أ (أجرًا).
(٤) في ب (التساوي) والمثبت من أ.




ولو قال رب المال: دفعتُ إليك بضاعة، وقال المضارب: مضاربة بالنصف أو بمائة درهم، فالقول قول رب المال؛ لأن الربح يستفاد بشرطه، فالقول قوله أنه لم يشترط؛ ولأن المضارب يَدَّعِي استحقاقًا في مال غيره، فالقول قول صاحب المال.

ولو قال المضارب: أقرضتني المال فالربح لي، وقال رب المال: دفعتُ إليك مضاربة أو بضاعة، فالقول قول رب المال؛ لأن المضارب يدعي عليه التمليك، فإن أقاما بينة، فالبينة بينة المضارب؛ لأنها تثبت التمليك، ولأنه لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة، ثم أقرضه.

ولو قال المضارب: دفعتَ إلي مضاربة، وقال رب المال: أقرضتك، فالقول قول المضارب؛ لأنهما اتفقا أن الأخذ بإذن المالك، ورب المال يدعي على المضارب الضمان، فالقول قوله في نفيه، فإن قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال، وذلك لأنها تثبت الضمان[1].



(١) انظر: الأصل ٤/٢٢٢ وما بعدها.

بَابُ
الاستدانة على المضاربة



قال أبو الحسن: وإذا دفع رجل إلىٰ رجل ألف درهم مضاربة، وأمره أن يعمل في ذلك برأيه أو لم يأمره، فليس له أن يشتري للمضاربة بأكثر من الألف التي هي رأس المال في يده؛ لأن الفضل [بينهما] يكون دينًا، وليس في يده من مال المضاربة ما يؤديه فيه، وهذا علىٰ ما قدمنا أن الاستدانة لا تجوز من [المضاربة][1] إلا أن ينص عليها رب المال.

وأما إذا قال: اعمل برأيك، أفاد هذا [القول] عموم الرأي في القدر المدفوع [إليه] دون غيره، فإذا اشترىٰ بأكثر من الألف صار مستدينًا علىٰ المال، وذلك لا يجوز.

قال: فإن اشترىٰ سلعة بأكثر من الألف، كانت حصة الألف من السلعة المشتراة للمضاربة، وحصة ما زاد علىٰ الألف للمضارب [خاصة] له ربح ذلك، وعليه وضيعته، والزيادة دين عليه في ماله؛ وذلك لأنه يملك الشراء بالألف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة، ويملك الشراء لنفسه، فإذا جمع بين الأمرين [كان][2] ما اشتراه بمقدار الألف للمضاربة، كما يجوز في حال الانفراد، وكان ما اشتراه من الزيادة له كما لو اشتراه في حال الانفراد، وهو يملك

(١) في ب (المضارب) والمثبت من أ.

(٢) في ب (جاز) والمثبت من أ.

بالمضاربة أن يشتري سلعة، ويملك أن يشتري بعضها[1].

ولا يقال: هذا يؤدي إلى خلطه مال المضاربة بماله؛ وذلك لأن هذا خلط من طريق الحكم، فلا يوجب [٣٤٧/أ] الضمان، كما لو اشترى نصف عبد ثم باعه هو والبائع، لم يضمن باختلاط الثمن، وإن كان لو خلط المال ابتداءً لم يجز.

قال: وإذا قبض المضارب رأس المال وهو ألف درهم، فليس له أن يشتري للمضاربة بغير الدراهم والدنانير والفلوس من سائر الأشياء مما يكال أو يوزن أو يُعَدُّ، ولا بثوب موصوف إلى أجل؛ وذلك لأن الشراء بغير الأثمان استدانة على المال، ألا ترى أنه ليس في يده من مال المضاربة ما يؤدي، والاستدانة لا تجوز.

وأما إذا كان في يده دراهم فاشترى بدنانير، أو [كان في يده] دنانير فاشترى بدراهم، فالقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر؛ لأنه اشترى بجنس ليس في يده، [فلم يجز][2] كما لو اشترى بالعروض، وإنما استحسنوا فقالوا: يجوز ذلك؛ لأن الدراهم والدنانير قد أجريا عند التجار مجرى الجنس الواحد، ألا ترى أنهما الأثمان، وبهما يقضى في النفقات والأروش [وقِيَم][3] المتلفات، ولا يتعذر نقل كل واحد منهما إلى الآخر، فصارا كالشيء الواحد، فكأنه اشترى بجنس [ما][4] في يده.

وأما الفلوس فالقياس فيها ما ذكرنا، والاستحسان أن تكون كالدراهم على

---

(١) انظر: الأصل ٤/٣٥٠.
(٢) في ب (فصار) والمثبت من أ.
(٣) في ب (وقيمة) والمثبت من أ.
(٤) في ب (هو) والمثبت من أ.




قول من [جوّز][1] المضاربة بها ؛ لأنها ثمن كسائر الأثمان.

وعلىٰ قول أبي يوسف: لا تجوز المضاربة بها كالعروض ، فلا يجوز الشراء بها إذا لم يكن في يده مال ، وكذلك إن اشترىٰ بخلاف صفة رأس المال: بأن اشترىٰ بدراهم بيض ، ورأس المال سودٌ ، أو بصحاح ورأس المال غلة ؛ فذلك جائز.

وكذلك إن كان رأس المال بِيْضًا فاشترىٰ بسُوْد ، وإن كان [رأس المال] صحاحًا فاشترىٰ بغلة ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ وذلك لأنه إذا جاز أن يشتري بالدنانير وفي يده الدراهم فالشراء[2] بالدراهم وفي يده دراهم تخالف صفتها أولىٰ[3].

قال: وقال محمد إذا اشترىٰ بما صفته أنقص من [صفة رأس المال][4] جاز.

قال أبو الحسن: ولم أجد عنه إذا اشترىٰ بأزيد من صفته شيئًا ، وقال زفر: لا يجوز إذا اشترىٰ بخلاف صفة رأس المال ، فإن كان محمد يشرط أن يشتري بما صفته أنقص ؛ فلأن[5] في يده ذلك القدر وزيادة ، وإذا اشترىٰ بأكمل فليس في يده القدر الذي اشترىٰ به ، فلا يجوز ، والظاهر من مذهبهم جواز ذلك ؛ لأن تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس.

---

(١) في ب (جرب) والمثبت من أ.
(٢) في أ (فإذا اشترىٰ) (أولاً).
(٣) هذه أسماء لأجناس الدراهم التي كانت متداولة في السوق.
(٤) في ب (صفته) والمثبت من أ.
(٥) في أ (فإن) والمثبت من ب.




قال: وإذا كان رأس المال ألف درهم، فاشترىٰ سلعة بألف، أو بدنانير أو بفلوس قيمة ذلك ألف [درهم]، فقد بطل أن يشتري بعد ذلك علىٰ الألف شيئًا بألف أخرىٰ أو غير ذلك، وقد خرجت الألف الأولىٰ من المضاربة لما صار فيها من الدين؛ وذلك لأن الأولىٰ صارت مستحقة بالثمن الأول، فلو اشترىٰ بعدها صار مستدينًا علىٰ المال.

قال: فإن اشترىٰ بها أولاً عبدًا بخمسمائة، فقد خرجت خمسمائة [من المضاربة]، فلا يجوز أن يشتري بعد ذلك إلا بقدر خمسمائة، وكذلك كل دين يلحق رأس المال؛ وذلك لأن الخمسمائة صارت مستحقة من رأس المال، فلو اشترىٰ بأكثر مما بقي كان مستدينًا علىٰ المال، وهذا لا يصح.

قال: وإذا باع المضارب واشترىٰ وتصرف في مال المضاربة، فحصل في يده أموال من صنوف الأموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الأموال، ولم يكن في يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس، فليس له أن يشتري متاعًا بثمن ليس في يده مثله في جنسه وصفته وقدره، [٣٤٧/ب] وذلك مثل أن يشتري عبدًا بكُرٍّ حنطة موصوفة جيدة أو وَسَطٍ، فإن كان الشراء بوسط من الحنطة وفي يده وسط من الحنطة فالشراء جائز علىٰ المضاربة، وإلا لم يكن للمضاربة، وكان للمضارب.

وكذلك لو كان في يده من الحنطة أجود مما اشترىٰ [به] أو دونه[1]؛ وذلك لأنه إذا لم يكن في يده مثل الثمن صار مستدينًا علىٰ المال، (فلا يجوز.

وليس اختلاف الصفة هاهنا كاختلاف الصفة في الدراهم؛ لأن اختلاف

(١) في أ (أو أدون).

الجنس في الدراهم لا تؤثر؛ لأنه يسهل النقل فيها، فكذلك اختلاف الصفة واختلاف الجنس هاهنا مؤثر؛ فكذلك اختلاف الصفة.

قال: وإن كان في يد المضارب جارية أو ثوب أو شيء من العروض يساوي ألفًا أو أكثر فاشترىٰ بخمسمائة وقال: أبيع هذه العروض وأُؤَدّي ثمنها فيما اشتريت، لم يجز ذلك، وكان ما اشترىٰ دون المضاربة، وسواء كان ثمن المشترىٰ حالاً أو إلىٰ أجل؛ وذلك لأنه لما اشترىٰ بما ليس في يده صار مستدينًا علىٰ المال)[1]، وهو لا يملك ذلك.

قال: فإن باع ما في يده بألف، [وحصل][2] ذلك في يده قبل حَلّ الأجل، لم ينتفع بذلك؛ لأن الخلاف كان في حال الشراء، فلزمه [فيه] الثمن، وصارت السلعة له؛ وذلك لأنه لما لم يملك الشراء ابتداءً وقع العقد له، ولا يتغيّر بعد ذلك من ملكه إلىٰ المضاربة.

فصار الحاصل من مسائل الاستدانة: أن المضارب لا يملكها إلا بإذن رب المال بصريح الإذن، فإذا لم[3] يأذن له لم يكن ما يستدينه علىٰ المضاربة، وكان شركة وجوه علىٰ ما قدمناه[4].

وقد قالوا علىٰ هذا: لو قال [له]: استقرض علي ألفًا وابتغ بها علىٰ المضاربة، فاستقرض، كان ما استقرضه علىٰ نفسه، حتىٰ لو هلك في يده قبل أن

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ب (وجعل) والمثبت أ.

(٣) في أ (أذن).

(٤) انظر: الأصل ٣٤٢/٤، ٣٥١.




يدفعه إلىٰ رب المال لزمه ضمانه، ولم يرجع به علىٰ رب المال، فإن اشترىٰ به كان المشترىٰ بينهما، ورجع علىٰ رب المال بحصته.

فكأنه قال له: اشتر بما لك [متاعًا بيننا، فأما إذا لم يأذن له في الاستدانة، فليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال ولا بغير] جنس الأثمان، فإن اشترىٰ بثمن [وليس] في يده ثمن غيره جاز استحسانًا، وإن اشترىٰ بقدر رأس المال ولم يسلمه حتىٰ اشترىٰ شيئًا آخر، لم يكن علىٰ المضاربة؛ لأن رأس المال اشتغل بالدين، فلم يملك الشراء به، فصار مستدينًا، ولا يجوز أن يشتري بعدما اشترىٰ برأس المال إلا بالسلعة التي اشتراها؛ لأنها علىٰ المضاربة، فإذا اشترىٰ بها لم يكن مستدينًا علىٰ المضاربة[1][2].



(١) في ب (المال) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤/٣٤٢ وما بعدها.

بَابُ
الاستدانة على إصلاح مال المضاربة



قال أصحابنا: إذا اشترىٰ المضارب بجميع مال المضاربة ثيابًا، ثم استأجر علىٰ حملها أو علىٰ قصارتها أو علىٰ فتلها، فهو متطوع في ذلك كله؛ وذلك لأنه لما ابتاع بجميع رأس المال لم يبق في يده ما يجوز عقده به، فصار عاقدًا لنفسه، فيكون متطوعًا [به] في حق الغير، كمن حمل متاعًا لغيره أو قصّره.

قال محمد: وكذلك إن صبغها أسود من ماله فنقصها ذلك، ولم يزد فيها شيئًا، فلا ضمان [في شيء من ذلك إذا كان رب المال قال له: اعمل في ذلك برأيك أو لم يقل؛ وذلك لأن أجرة الصبغ لو صار دينًا في المال كان مستدينًا] عليه، وقد بينا أن الاستدانة لا تجوز، ولا يصير شريكًا بالسواد؛ لأنه لم يوجد[1] زيادة في العين، وإنما نقصها، ولا يضمن بفعله [نقصه]؛ لأنه مأذون فيه بعقد المضاربة، ألا ترىٰ أنه لو كان في يده فضل فصبغ [به] الثياب سوداء فنقصها ذلك لم يضمن، فكذلك إذا صبغها بمال نفسه.

قال: ولو صبغ المتاع بعُصْفُرٍ أو زَعْفَرَانَ أو صبغٍ تزيد قيمتها وليس في يده من مال المضاربة [شيء]، فإن كان لم يقل له: اعمل برأيك فهو ضامن، ورب المال بالخيار: إن شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه، وسلم إليه المتاع، وإن شاء ترك المتاع حتىٰ يباع، فيضرب فيه رب [٣٤٨/أ] المال بقيمته أبيض، ويضرب

(١) في أ (يوجب).




المضارب بما زاد الصبغ فيه، فما أصاب المتاع فهو مال المضاربة، وما أصاب ما زاد الصبغ [فهو] للمضارب خاصة؛ وذلك لأن الصبغ استدانة على المال، وذلك لا يجوز، فصار الصبغ من غير المضاربة.

والمضارب إذا خلط ملك نفسه بالمال ولم يقل له: اعمل برأيك، فضمن وصار كالأجنبي إذا خلط المال.

ولو صبغ الثياب أجنبي كان المالك بالخيار: إن شاء ضمنه قيمتها، وإن شاء تركها على الشركة وتضاربا بثمنها، فكذلك هذا.

وأما إذا قال له: اعمل برأيك، فلا ضمان عليه؛ لأن له أن يخلط ماله بالمال، وقد بيّنا أن الصبغ على ملكه، فلم يضمن بخلطه، وصار المتاع بينهما، إذا باعه قسم الثمن: على قيمة الثوب أبيض، وقيمة الصبغ، فما أصاب الثوب[1] كان في المضاربة، وما أصاب الصبغ كان للمضارب[2].



---

(١) في أ (ذلك).

(٢) انظر: الأصل ٤/٣٥٠، ٣٥١.

بَابُ
ما يلحق مال المضاربة مما يخرج بالحكم من المضاربة أو لا يخرج

قال مُعَلَّىٰ، عن أبي يوسف: إذا كان مع الرجل ألف درهم مضاربة، فاشترىٰ عبدًا بألفين، فأنفق عليه فهو متطوع في النفقة؛ [وذلك] لأنه لم يبق في يده شيء من رأس المال، فالنفقة استدانة علىٰ المال، وهو لا يملك ذلك، فصار كالأجنبي إذا أنفق علىٰ عبد غيره(١).

قال: إلا أن يكون أمره القاضي بذلك، فإن كان رفع إلىٰ القاضي فأمره بالنفقة عليه، فما أنفق فهو عليهما علىٰ قدر رؤوس أموالهما.

قال أبو يوسف: وهذه قسمة من القاضي بين المضارب وبين رب المال إذا حكم بالنفقة، وإنما صارت النفقة دينًا بأمر القاضي؛ لأن له ولاية علىٰ الغائب في حفظ ماله، فملك أن يأمره بالاستدانة عليه، وإنما صار القضاء بالنفقة قسمة؛ لأن كل ضمان وجب علىٰ رب المال [له علىٰ المضارب بمقتضىٰ المضاربة لم تكن قسمة، ولم يبطل به المضاربة، أصله: وجوب الثمن] علىٰ المضارب بالعقد، ورجوع المضارب بالثمن علىٰ رب المال إذا هلك المال بعد الشراء به.

وكل ضمان وجب عليهما أو علىٰ أحدهما لا [بموجب](٢) المضاربة فهو قسمة، ألا ترىٰ أن القاضي لا يلزم المضارب ضمانًا لأجل نصيبه إلا وقد عيّنه،

(١) انظر: الأصل ٤/٣٤٦.
(٢) في ب (توجبه) والمثبت من أ.

وتعين نصيب المضارب لا يصح إلا بعد تعيّن رأس المال، وهذه قسمة.

وقال ابن رستم عن محمد: في رجل دفع إلىٰ رجل ألف درهم مضاربة، فاشترىٰ بها جارية قيمتها ألفان، قال محمد: النفقة علىٰ رب المال، [ويحتسب فيها في][(١)] رأس المال[(٢)].

وقال ابن رستم عنه في موضع آخر: يقال لرب المال: أنفق إن شئت واحتسب في رأس المال.

وقال ابن رستم: وروي له عن أبي يوسف واللؤلؤي أنهما قالا: علىٰ قدر حصصهما، وتخرج النفقة من المضاربة.

وقال في الزيادات في هذه المسألة: إنّ رَبَّ المال يجبر علىٰ أن ينفق عليهما من ماله النفقة كلها، ويكون ذلك في رأس المال.

وقال الحسن في إثر روايته عن أبي حنيفة: إنهما يجبران علىٰ الكسوة علىٰ قدر أنصبائهما، ويكون هذا بمنزلة القسمة.

فحصل من مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف: أن النفقة عليهما.

وقال محمد: النفقة علىٰ رب المال.

وجه قولهما: أن نصيب المضارب من العبد علىٰ ملكه؛ بدلالة أن [عتقه][(٣)] ينفذ فيه، ولا يجوز أن يلزم رب المال النفقة علىٰ ملك غيره، فإذا قضىٰ

(١) في ب (وتحسب بها) والمثبت من أ.
(٢) انظر: الأصل ٤/٢٦٦.
(٣) في ب (عقده) والمثبت من أ.

[القاضي] علىٰ كل واحد منهما بنفقة نصيبه، فقد تعين الربح ورأس المال، وهذه قسمة.

لمحمد: أن المضارب لم يتعين له ملك؛ لأن رأس المال غير متعين، فكان العبد علىٰ حكم ملك رب المال، فنفقته عليه، ويكون من رأس المال؛ لأن المضارب لو بقي في يده شيء من المال فأنفق علىٰ العبد منه كان محتسبًا من رأس المال، فكذلك إذا أنفقه رب المال.

وقال محمد في الرواية الأخرىٰ: يقال لرب المال: أنفق إن شئت، فعَلّق ذلك [٣٤٨/ب] باختياره؛ لأن النفقة زيادة في رأس المال، ورب المال لا يلزمه أن يزيد في رأس المال.

وقال محمد في عبد أبق من المضاربة فجاء به رجل وقيمته ألفان، وليس في يده [شيءٌ] من المضاربة غير العبد، قال: الجُعْل[1] علىٰ رب المال يحتسب [به] في رأس[2] ماله، فإذا بيع، استوفىٰ [رب المال] رأس ماله، والجُعْل وما بقي بينهما علىٰ ما اشترطا من الربح.

وقال الحسن: الجعل أرباع[3]، وخرج العبد من المضاربة، فإن أبىٰ أحدهما أن يعطي الجعل أجبر الذي يأبىٰ علىٰ أن يعطي حصته.

والخلاف في الجعل كالخلاف في النفقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه

---

(١) «والجُعْلُ ـ بالضمّ ـ: ما جُعِل للإنسان من شيء علىٰ فِعْل، وكذا الجعالة بالكسر، والجعيلة أيضًا». مختار الصحاح (جعل).

(٢) في أ (في رأس المال من ماله).

(٣) في أ (الجعل أرباعًا).




عليهما؛ لأن العبد على ملكهما، وقال محمد: على رب المال، وهو زيادة في رأس المال على ما بيّنا.

وقال بشر عن أبي يوسف: [أنه] لا يحتسب بالجعل في مال المرابحة، ويحتسب به فيما بين المضارب ورب المال، فإن كان هناك ربح فالجعل فيه، وإلا فهو وضيعة من رأس المال، وإنما لم يلحق في المضاربة بالمرابحة؛ لأنا نلحق ما جرت عادة التجار بإلحاقه، والجعل نادر فلا يلحق بالعادة ما هو غير معتاد، وإنما يحتسب به فيما بين المضارب ورب المال؛ [لأنه غرم لأجل المال، وليس يمتنع أن يحتسب بالشيء فيما بين المضارب ورب المال]، ولا يلحق رأس المال في المرابحة، كنفقة المضارب على نفسه.






بَابُ
جناية عبد المضاربة



قال هشام: سمعت أبا يوسف يقول: لو أن رجلاً دفع إلىٰ رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترىٰ المضارب عبدًا قيمته ألفان، فجنىٰ الغلام جناية، فإن فداه المضارب فهو [متطوع][(١)] في جميع الفداء، وإنما فداؤه علىٰ رب المال، ولا يجبر المضارب علىٰ الفداء، فإن فداه رب المال فإنه يحتسب بذلك [الفداء] في المضاربة، وإن كان رب المال غائبًا لم يكن لأصحاب الجناية علىٰ المضارب ولا علىٰ الغلام سبيل، إلا أنهم يستوثقون من الغلام بكفالة إلىٰ أن يقدم المولىٰ.

وقال محمد: ليس لواحد منهما أن يدفع العبد حتىٰ يحضرا جميعًا، فإن كان أحدهما غائبًا ففداه الآخر فهو متطوع في الفداء، وإن كانا حاضرين جميعًا قيل لهما: ادفعا أو افديا، فإن دفعا فليس لهما شيء، وإن فديا فالفداء عليهما أرباعًا وقد خرج العبد من المضاربة، وروىٰ الحسن، عن أبي حنيفة مثل قول محمد.

وإنما لم يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء مع غيبة (رب المال؛ لأن الدفع بالجناية ليس من التجارة وتصرفه خاص في التجارة، وليس هذا كعبد العبد المأذون إذا جنىٰ أن العبد يخاطب بالدفع أو الفداء مع غيبة)[(٢)] المولىٰ؛ لأن تصرف المأذون يشبه تصرف الحُرِّ؛ لأنه يتصرف لنفسه، ولا يرجع بالضمان علىٰ

(١) في ب (متبرع) والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

غيره، وعبد الحر إذا جنىٰ كان عليه الدفع أو الفداء، فأمّا المضارب فتصرفه يجري مجرىٰ تصرف الوكيل، والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية.

وليس هذا كما لو أتلف العبد مالاً (أن المضارب يطالب ببيعه في الدين مع غيبة رب المال)[1]؛ لأن موجب إتلاف المال البيع، والبيع يملكه المضارب، وعلىٰ هذا لو غاب المضارب وحضر رب المال لم يخاطب بالضمان؛ لأن [المضارب] له حق في المال، ويجوز أن يختار التطوع[2] بالفداء ليسلم مال المضاربة، فلم [يلزم][3] لرب المال الدفع مع غيبته؛ ولأنه يدفع عبدًا لغيره فيه مِلك.

وإذا ثبت أن كل واحد منهما لا يخاطب مع غيبة الآخر، فإذا فدىٰ فهو متبرع؛ لأنه كان يقدر علىٰ ترك الفداء، ولا يلزمه شيء بتركه، فصار كالأجنبي [إذا] فدىٰ.

وأما إذا حضرا خوطبا بالدفع أو الفداء عند أبي حنيفة ومحمد، فإن اختار الدفع فالملك لا يتجاوزهما، فيجوز دفعهما، وقد بطلت المضاربة بهلاك المال [٣٤٩/أ].

وإن اختار الفداء فهو عليهما؛ لأن المضارب له ملك في العبد، بدلالة أن عتقه ينفذ فيه فكان فداء نصيبه عليه، وقد خرج العبد من المضاربة؛ لأن المضارب لا يلزمه الفداء إلا بتعيين حقه، ولا يتعين حقه إلا بتعيين رأس المال،

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في أ (دفع الفداء).

(٣) في ب (يجز) والمثبت من أ.




وهذا قسمه، فإن اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء فلهما ذلك ؛ لأن كل واحد منهما مالك لنصيبه، فصار كالعبد المشترك.

وليس هذا كعبد الرهن إذا كانت قيمته أكثر من الدين فجنىٰ، أنه يخاطب بحكم الجناية الراهن والمرتهن، فإن اختار أحدهما الدفع واختار الآخر الفداء لم يكن لهما ذلك، ولزمهما أن يجتمعا علىٰ أحد الأمرين ؛ لأن المالك للعبد هناك واحد، فلم يجز أن يتبعض موجب الجناية (كالعبد الذي ليس برهن، ومالك العبد هاهنا اثنان، فإذا اختلف اختيارهما لم يتبعض موجب الجناية)[1] في حق مالك واحد.

لأبي يوسف: أن نصيب المضارب لم يتعين في الربح لعدم تعيين رأس المال [فبقي المال] علىٰ حكم مِلك رب المال، فكان هو المخاطب بالجناية كما يخاطب عنده بالنفقة.

وقد قالوا: إذا غاب أحدهما وقد ادعيت الجناية علىٰ العبد، لم تسمع البينة حتىٰ يحضرا ؛ لأن كل واحد منهما له حق في العبد وتدبير الجناية، فلم يجز سماع البينة عليه مع غيبته، وإنما أخذ كفيل بالعبد ؛ لأنه لا يُؤْمَن أن يغيب فيسقط حق ولي الجناية، ألا ترىٰ أن الحق المتعلق برقبة العبد يسقط بفواتها، فأما إذا اشترىٰ المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبدًا قيمته ألف، فجنىٰ جناية خطأ، فتدبير الجناية إلىٰ رب المال، وهو المخيّر بين الدفع والفداء ؛ لأن الرقبة علىٰ ملكه لا ملك فيها للمضارب، فإن اختار رب المال الدفع، واختار المضارب الفداء فله ذلك ؛ لأنه يستبقي بالفداء مال المضاربة، وله حق في ذلك.

---

(١) ساقطة من أ.




وإن دفع رب المال خرج العبد من المضاربة ؛ لأن مال المضاربة تلف ، [وإن فدىٰ خرج من المضاربة] ؛ لأنه لزمه ضمان في غير مقتضىٰ المضاربة[1].

٢٣٣٨ ـ فَصْل: [الجناية علىٰ عبد من مال المضاربة]

قال محمد: وإذا اشترىٰ المضارب ببعض مال المضاربة عبدًا يساوي ألفًا فقتله رجل عمدًا فلا قصاص فيه ؛ وذلك لأن رب المال لو اقتص لم يصر مستوفيًا لرأس ماله بالقصاص ؛ لأن القصاص ليس بمال ، ولهذا إذا عفىٰ المريض عن القصاص كان من جميع المال ، وإذا لم يصر مستوفيًا به استوفىٰ رأس المال من بقية المال ، فإذا استوفاه صار العبد ربحًا ، فيكون قد اقتص من عبدٍ لا ينفرد بملكه .

ولا يجوز أن يقتص المضارب ؛ لأنه لم يتعين له ملك [فيه] ، ولا يجوز أن يجتمعا علىٰ القصاص ؛ لأن حق كل واحد منهما غير متعين .

ولو كان اشترىٰ بمال المضاربة وهو ألف عبدًا قيمته ألف ، فقتل ، فلرب المال القصاص ؛ لأنه ملكه ولا حق للمضارب فيه ، ولا يؤدي القصاص إلىٰ تعيين ملك المضارب في الباقي .

قال: وإن اشترىٰ بألف المضاربة كلها عبدًا يساوي ألفين ، فقتله رجل عمدًا لم يكن فيه قصاص وإن اجتمعا علىٰ ذلك ، وتؤخذ قيمة العبد من القاتل من ماله في ثلاث سنين ، ويكون علىٰ المضاربة ، يشتري المضارب ويتبع .

وإنما لم يجب القصاص ؛ لأن رب المال لم يتعين ملكه ، ألا ترىٰ أن رأس

---

(١) انظر: الأصل ٤/٢٥٨ ، ٢٥٩ .

ماله ليس هو العبد، وإنما هو الدراهم، ولو أراد أن يعين رأس ماله في العبد كان للمضارب أن يمنعه [عن] ذلك حتىٰ يبيع ويدفع إليه من الثمن، وإذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء رأس المال، وإذا لم يتعين ملكهما [٣٤٩/ب] لم يجب القصاص لواحد منهما وإن اجتمعا(١)، وإذا سقط القصاص في دم [العمد] [وجبت الدية](٢) في مال القاتل، وإنما يكون علىٰ المضاربة؛ لأنها بدل عن مال المضاربة كالثمن.

وقال محمد في النوادر: إذا كان في يد المضارب عبدان قيمة كل واحد ألف، فقتل رجل أحد العبدين عمداً لم يكن لرب المال عليه قصاص، وعلىٰ القاتل قيمته في ماله؛ وذلك لأن ملك رب المال لم يتعين فيه علىٰ ما بيّنا.

قال أبو الحسن: وإذا وجب بالقتل القصاص خرج العبد من المضاربة، وإذا وجب بالقتل مال [علىٰ المضاربة] فالمال علىٰ المضاربة؛ وذلك لأن القصاص إذا استوفىٰ هلك مال المضاربة، وذلك يوجب بطلانها، وإذا وجبت القيمة فهي بدل عن مال المضاربة كالثمن.

وقد اختلف أصحابنا في قتل العمد إذا ادعىٰ علىٰ عبد من المضاربة، قال أبو حنيفة ومحمد: لا تسمع البينة إلا بحضور المولىٰ، وقال أبو يوسف: تسمع وإن لم يحضر واحد منهما.

لهما: أن هذه البينة يتعلق بها استحقاق رقبة العبد، فلا تسمع مع غيبة المولىٰ كاستحقاق الملك بجناية الخطأ.

---

(١) في أ (ولا باجتماعهما).

(٢) في ب (وجب بالدية) والمثبت من أ.




لأبي يوسف: أن العبد في القصاص كالحُرِّ؛ بدلالة أنه لو أقر به جاز إقراره مع تكذيب المولىٰ له، فسماع البينة لا يقف علىٰ حضور غيره كالحُرِّ.

وقد قالوا جميعًا: لو أَقَرَّ العبد بقتل عمد، فكذبه المولىٰ والمضارب، لزمه القصاص؛ لأن الإقرار بالقصاص معنىً لا يملكه المولىٰ من عبده، وهو مما يملك، فملكه العبد كالطلاق، فإن كان الدم بين شريكين فعفا أحدهما فلا شيء للآخر؛ وذلك لأن الجناية صار موجبها المال، وهي ثابتة بقول العبد، فكأنه أقر بجناية خطأ.

فإن كان رب المال صَدَّقَهُ في إقراره وكَذَّبَهُ المضارب، قيل لرب المال: ادفع نصف نصيبك أو افده، فإن كان المضارب صدقه وكذبه رب المال، قيل للمضارب: ادفع نصيبك أو افده، وصار كأحد الشريكين إذا أقر في العبد بجناية [الخطأ] فكذبه الآخر.

فأما[1] وجوب القصاص علىٰ عبد المضاربة وإن لم يجب بقتله القصاص؛ فلأن القصاص [إنما] سقط في قتله؛ لأن مستحق الدم غير معين[2]، فإذا كان هو القاتل فالمستحق للقصاص ولي المقتول، وهو معين[3].



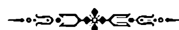
---

(١) في أ (فإنما).

(٢) في أ (متعين).

(٣) انظر: الأصل ٤/٢٥٧ وما بعدها.

بَابُ
هلاك مال المضاربة قبل الشراء أو بعد ذلك



قال أبو الحسن: إذا دفع رجل إلىٰ رجل ألف درهم مضاربةً فقبضها المضارب، فلم يتصرف فيها حتىٰ هلكت، بطلت المضاربة في قول أصحابنا جميعًا؛ وذلك لأن المضاربة تقف صحتها علىٰ القبض، وتتعين فيما وقعت عليه كالوديعة، فإذا تعينت في المال بطل العقد بهلاكها، (والقول قول المضارب في هلاكها)[1] وإن لم يعلم ذلك؛ لأنه أمين في المال كالمُوْدَعِ، والقول قوله مع يمينه؛ لأن الخصومة تلزمه في ذلك، فكان القول قوله مع يمينه.

قال أبو الحسن عن أبي حنيفة: فإن استهلك الألف التي قبضها المضارب وهي رأس المال، أو أنفقها أو أعطاها رجلاً فاستهلكها، لم يكن له أن يشتري عليها شيئًا للمضاربة؛ وذلك لأنه صار ضامنًا للمال بالتعدي، ومن حكم المضارب أن يكون أمينًا.

قال: فإن أخذها من الذي استهلكها، كان له أن يشتري بها علىٰ المضاربة؛ وذلك لأنه لما أخذ العوض عنها، صار كأنه أخذ ثمنها.

وقال ابن رستم عن محمد: لو أقرضها المضارب رجلاً فرجعت الدراهم إليه بعينها، رجعت علىٰ المضاربة؛ لأنه ضمنها بالتعدي ثم أزال التعدي، فزال الضمان المتعلق به، فإن أخذ مثلها لم ترجع علىٰ المضاربة؛ لأن الضمان استقر

(١) ساقطة من أ.




فيها بفوات عينها، وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان.

وقال أصحابنا جميعًا: إذا اشترىٰ المضارب بالألف جارية ولم ينقدها البائع حتىٰ هلكت الألف، إن الجارية [٣٥٠/أ] علىٰ المضاربة، ويرجع علىٰ رب المال بألف فيسلمها إلىٰ البائع.

وكذلك إذا هلكت الثانية التي قبض، رجع بمثلها علىٰ رب المال؛ وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبدًا حتىٰ يسلم إلىٰ البائع، ويكون ما دفعه أولاً رب المال من رأس المال، وما غرمه كله رأس المال؛ وذلك لأن المضارب يتصرف لرب المال، فما يلحقه من الضمان بتصرفه يرجع به عليه كالوكيل، فإذا أخذ مثله فهلك رجع عليه، والوكيل إذا رجع هلك في يده رجع بمثله، فإن هلك [ثانيًا] في يده لم يرجع.

والفرق بينهما: أن الوكيل إذا اشترىٰ، فقد انتهت الوكالة ووجب له دين علىٰ المُوَكِّل، فإذا استوفاه كان مضمونًا عليه، فإذا هلك هلك في ضمانه، فلم يرجع، وفي المضارب[1] لا تنتهي المضاربة بالشراء، فما هلك يرجع به علىٰ المضاربة؛ ولهذا يحتسب به من رأس المال، فلم يكن مضمونًا عليه، فإذا هلك رجع بمثله كالأول، ويكون زيادة في رأس المال؛ لأنه غرم لزم رب المال بسبب المضاربة.

قال: وإذا قبض المضارب الألف الأولىٰ فعمل بها، فصار في يده ألفان ثم اشترىٰ بهما جارية قيمتها ألفان، فهلكت الألفان قبل أن ينقدها، فإنه يرجع علىٰ رب المال بألف وخمسمائة، ويغرم المضارب في ماله خمسمائة، وهي حصته

(١) في أ (المضاربة) والمثبت من ب.

من الربح، فيكون ربع الجارية للمضارب خاصة خارجًا عن المضاربة، وثلاثة أرباعها على المضاربة، ورأس المال في هذه الثلاثة الأرباع [ألف][1] وخمسمائة؛ لأن المضارب لما اشترى بالألفين فقد اشترى الجارية أرباعًا، ألا ترى أن رأس المال ألف، وحصة رب المال من [الربح][2] خمسمائة، وحصة المضارب خمسمائة، فما اشتراه لرب المال يرجع به عليه، وما اشتراه لنفسه فضمانه عليه، وإذا ألزمه القاضي ضمان نصيبه من الربح فقد عيّنه؛ وذلك لا يكون إلا بالقسمة، فخرج الربع من المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه، وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة، فصار ذلك زيادة في رأس المال.

فإن بيعت هذه الجارية بأربعة آلاف، فألف منها للمضارب بحصته من ملكها، وثلاثة آلاف على المضارب لرب المال، منها ألفان وخمسمائة رأس ماله، وبقي ربح خمسمائة، فيكون بينهما نصفين.

وقال ابن سماعة عن محمد: في مضارب اشترى جارية بألفي درهم، ألف منها ربح وقيمتها ألف، فضاعت الألفان قبل أن يدفعها إلى البائع: أن على المضارب الربع وهو خمسمائة، وعلى رب المال ألف وخمسمائة، وهذا على ما بيّنا.

قال: ولو كانت الجارية تساوي ألفين، والشراء بألف وهي المضاربة، فضاعت، غرمها رب المال كلها.

---

(١) في ب (ألفان) والمثبت من أ.

(٢) في ب (الألف) والمثبت من أ.

قال أبو الحسن: إنما اعتبر محمد المضمون على المضارب الذي يغرمه دون ما وجب عليه من الثمن، وهذا صحيح؛ لأن الشراء إذا وقع بألف فقد وقع بثمن كله رأس المال، وإنما يظهر الربح في الثاني، فيكون الضمان على رب المال.

قال محمد: ولو اشترى جارية تساوي ألفين بأمة تساوي ألفًا، وقبض الذي اشترى ولم يدفع أمته حتى ماتتا جميعًا في يده، فإنه يغرم قيمة التي اشترى [وهي ألفان][1]؛ وذلك لأن من اشترى أمة بأمة فهلك رأس المال قبل القبض فالمضمون عليه قيمة الجارية [التي اشترى] دون قيمة ما خرج من ملكه، وإذا كان المضمون ألفين فكأنه اشترى بألفين فيضمن ربعها.

ولو كانت قيمة [الجارية] التي اشترى ألفاً، والأمة التي كانت عنده ألفين، قبض التي اشتراها ولم يدفع أمته [٣٥٠/ب] حتى ماتتا جميعًا في يده، فإنه يغرم قيمة التي اشترى وهي ألف، يرجع بذلك على رب المال؛ لأن المضمون عليه قيمة الجارية التي اشتراها، ولا فضل في ذلك عن رأس المال.

وهذا إنما يجوز أن يشتري جارية قيمتها ألف بألفين إذا كان رب المال قال له: اشترِ بالقليل والكثير، وإلا فشراء المضارب على هذا الوجه لا يصح في قولهم.

وقال ابن سماعة [عن محمد] في موضع آخر في نوادره: في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف، فاشترى بثلاثة آلاف ثلاثة أعبد قيمة كل واحد ألف، ولم ينقد المال

(١) في ب (عليه من ذلك خمسمائة) والمثبت من أ.

حتىٰ ضاع، قال: فغرم ذلك كله علىٰ رب المال، ويكون رأس المال أربعة آلاف؛ وذلك لأن المضارب لم يتعين له [ربح] ملك في واحد من العبيد، ألا ترىٰ أن كل واحد منهم يجوز أن يكون رأس المال، ولهذا لا ينفذ عتقه فيهم، فرجع بجميع ثمنهم.

وقد عَلَّلَ محمد لهذا فقال: من قِبَل أن المضارب لم يكن يجوز عتقه في شيء من العبيد، وهذا ترك لما ذكره أبو الحسن: أن المعتبر ما ضمنه المضارب؛ لأنا إذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال، فإما أن تكون هذه رواية أخرىٰ عن محمد، أو يكون شرطًا فيما صار مضمونًا علىٰ المضارب أن يتعين حقه فيه، وهاهنا وإن ضمن فإنه لم يتعين حقه فيه.

فأما تعليله لعدم نفوذ العتق فهو موجود فيمن اشترىٰ بألفين جارية تساوي ألفًا، أنه قد ضمنه وإن لم ينفذ عتقه فيه، اللهم إلا أن يكون جعل نفوذ العتق في الجارية المشتراة بألفين [وقيمتها ألفان] علة لوجوب الضمان عليه فيما لا ينفذ عتقه فيه، عكس العلة، فلا يلزمه أن يطَّرِده في جميع المواضع.

وقال محمد: إذا اشترىٰ المضارب عبدًا بألف درهم وهو للمضاربة فنقد المال، فقال رب المال: (اشتريته علىٰ المضاربة ثم ضاع، وقال المضارب)[1]: اشتريت وأنا أرىٰ أن المال عندي، فإذا هو قد ضاع قبل ذلك، فالقول قول المضارب؛ وذلك لأن الظاهر أن كل من يشتري[2] مشترٍ لنفسه، فقد ادعىٰ المضارب الظاهر، وادعىٰ رب المال استحقاق الملك عليه، وهو غير الظاهر،

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) العبارة في أ (لأن كل مشتري، فالظاهر أنه يشتري لنفسه).




فلا يلتفت إلىٰ قوله؛ ولأن الظاهر يشهد للمضارب وهو هلاك المال.

وقال محمد في المضاربة الكبيرة: إذا اختلفا فقال رب المال: ضاع قبل أن تشتري الجارية، وإنما اشتريتها لنفسك، وقال المضارب: ضاع المال بعدما اشتريت، وأنا أريد أن آخذك بالثمن، ولا يعلم متىٰ ضاع، قال: فالقول قول رب المال مع يمينه، وعلىٰ المضارب البيّنة أنه اشترىٰ [الجارية] والمال عنده، وإنما ضاع بعد الشراء؛ وذلك لأن رب المال ينفي الضمان عن نفسه، والمضارب يدّعي عليه الضمان، فالقول قوله في نفيه؛ ولأن الحال وهي الهلاك يشهد لرب المال، فإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة المضارب؛ لأنه يثبت ببينته[1] الضمان، وبينة رب المال تنفي ذلك[2].



(١) في أ (سبب).

(٢) انظر: الأصل ٣٢٢/٤ وما بعدها.




بَابُ
المضارب يدفع المال إلى غيره مضاربة



قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعًا: إن المضارب إذا دُفِع إليه مالٌ مضاربة بالنصف أو أكثر من ذلك أو أقلّ ولم يقل له: اعمل في ذلك برأيك، فليس له أن يدفع إلى[1] غيره مضاربة؛ وذلك لأن العقد لا يستفاد بحكم مثله [٣٥١/أ] وإنما يستفاد ما دونه، ولهذا لم يجز للوكيل أن يوكل، ولأنه يثبت للمضارب الثاني شركة في المال لم يرض بها رب المال فلا يجوز.

قال: فإن قيل له: اعمل في ذلك برأيك، فله أن يدفع المال مضاربة إلى غيره؛ لأنه لما فوض إليه الرأي في التصرف، فالمضاربة بما قدراه، فيجوز؛ ولأن له أن يشارك في المال إذا قيل له: اعمل برأيك، وله أن يبضع، فإذا دفع مضاربة فقد أثبت [للمضارب][2] شركة في المال وهو يملك ذلك[3].

قال: وما [شرط][4] الأول للثاني فإنما يكون في نصيب الأول، ولا يجوز أن يشرط من نصيب رب المال شيئًا، وهذا على وجهين:

أحدهما: يدفع إليه مضاربة على أن ما رزق الله من شيء فهو بينهما نصفان، أو ما كان من ربح، فإذا دفع المضارب مضاربة فهو على ثلاثة أوجه:

---

(١) في أ (الألف).

(٢) في ب (المضارب) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٤/٢٣٤.

(٤) في ب (شرك) والمثبت من أ.




[إمَّا] أن يشترط للمضارب الثاني أقل مما شرط له ، مثل أن يشترط له الثلث جاز ؛ لأنه يملك نصف الربح ، فإذا عقد علىٰ بعض ما يستحق جاز عقده ، ويكون لرب المال نصف الربح ، وللمضارب الثاني الثلث ، وللأول السدس ، ويطيب له ذلك ؛ لأن عمل المضارب الثاني وقع له ، فكأنه عمل بنفسه ، وهذا كثمن استؤجر علىٰ خياطة ثوب بدرهم ، فاستأجر من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل ؛ لأن عمل أجيره وقع له ، فكأنه عمل بنفسه .

والثاني: أن يدفع [المضاربة] بالنصف ، فيجوز [ذلك] ؛ لأنه عقد علىٰ جميع حقه من الربح ، وهو يملك العقد علىٰ حقه ، ويكون الربح بين رب المال والمضارب الثاني نصفين ، ولا شيء للمضارب الأول ؛ لأنه أوجب للمضارب الثاني جميع حقه ، فصار كمن استؤجر علىٰ خياطة ثوب بدرهم فاستأجر من خاطه بدرهم .

والفصل الثالث: إن شرط المضارب الأول للثاني بثلثي الربح ، فتجوز التسمية بينهما ، ويكون لرب المال نصف الربح ، وللمضارب الثاني النصف ، ويغرم المضارب الأول للثاني مثل سدس الربح ، وإنما لم يجز شرطه ؛ للزيادة في حق رب المال ؛ [لأن رب المال] لم يرض لنفسه بأقلَّ من نصف الربح ، فإذا شرط المضارب الأول للثاني الثلثين فقد شرط من حق رب المال السدس ، فلا ينفذ شرطه ، ولا يصير بذلك مخالفًا ؛ لأن المخالفة إنما تكون لو [نفذ][1] شرطه في حقه ، فإذا سمّىٰ تسمية لم يتعلق بها استحقاق لم يضمن منها ، كمن باع ملك غيره فهلك قبل تسلميه ، وإنما ضمن المضارب الأول للثاني ؛ لأنه غَرَّه بالتسمية ،

---

(١) في ب (فقد) والمثبت من أ.

والغرور في العقود يتعلق به الضمان ؛ ولأنه عقد على ملك غيره ، فدخل في العقد وخرج لعدم الإجازة ، فلزمه مثله ، كمن استأجر بمال غيره(١).

ونظير هذا من الإجارة: أن يستأجر على خياطة ثوب بدرهم ، فيستأجر هو من يخيطه بدرهم ونصف ، فإنه يضمن زيادة الأجر.

وأما القسم الثاني من القسمين الأولين: فهو أن يقول رب المال للمضارب: على أن ما زرق الله تعالى من شيء فهو بيننا نصفان ، أو على أن ما ربحتَ من شيء ، فدفع المضارب مضاربة بالثلثين جاز ، (وكان للمضارب الثاني ما شرطه بالثلث بين رب المال ، والمضارب الأول)(٢) على ما شرط ؛ لأن رب المال فوض إليه الرأي ، وجعل لنفسه نصف ما رزق [الله تعالى] للمضارب ، [وهو](٣) نصف ربح المضارب ، فإذا دفع المضارب بالثلثين فذلك مما رآه ، والذي رزقه الله الثلث ، والذي ربحه هو الثلث ، فلم يكن متعديًا في الشرط.

وليس كذلك الفصل الأول ؛ لأن [رب] المال شرط لنفسه نصف جميع الربح ، ونصف جميع ما رزق الله تعالى ، وذلك ينصرف إلى كل الربح.

قال: وإذا لم يقل رب المال للمضارب: اعمل في ذلك برأيك ، فدفع المضارب [٣٥١/ب] المال مضاربة بالنصف ، فذكر ابن شجاع عن الحسن عن أبي حنيفة: (أنه لا ضمان على الأول حتى يعمل به الثاني ويربح ، فإذا عمل فربح كان ضامنًا حين يربح ، فإن عمل بالمال فلم يربح أو لم يعمل به حتى ضاع من

---

(١) انظر: الأصل ٢٤٢/٤ ، ٢٤٣.

(٢) ساقطة من أ. وعبارتها (وكان على ما شرطا ؛ لأنه فوّض).

(٣) العبارة في أ (وهو نصف الربح).

يده فلا ضمان عليه.

وروىٰ محمد، عن أبي يوسف)[١]: أنه لا ضمان عليه حتىٰ يعمل الثاني، فإذا عمل ضمن، رَبح [الثاني] أو لم يربح، وهو قوله.

وروىٰ ابن سماعة والفضل بن غانم عن أبي يوسف [مثل ذلك، قال ابن سماعة: وروىٰ بعض أصحابنا عن أبي يوسف]: أنه رجع عن ذلك وقال: هو بمنزلة الوديعة في يده، فإذا دفعه ضمن، عمل به الثاني أو لم يعمل، وهذا قول زفر.

وروىٰ بشر وعلي بن الجعد، عن أبي يوسف في تعليله هذه المسألة قال: وإنما ضمن الأعلىٰ لأن الأسفل أوجب [له] شركة في طائفة من المال شائعة فيه غير مقسومة، وليس له أن يشارك به ولا يخلطه بغيره.

قال أبو الحسن: هذا التعليل من أبي يوسف يدل علىٰ أنه قال بقول أبي حنيفة.

لأبي حنيفة: أن المضارب [يملك الإيداع، ويملك الإبضاع، فإذا دفعه مضاربة لم يضمن بالدفع؛ لأن المضارب] الثاني في حكم المودع، ولم يضمن بالعمل؛ لأنه ما لم يربح في حكم المبضع، ولا يجوز أن يضمن بالشرط؛ لأن مجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان، فإذا ربح فقد ثبت له حق الشركة في المال، فصار كما لو خلط المضارب المال بغيره أو شارك به.

وجه قولهما: أن الدفع لا يتعلق به ضمان؛ لأن المضارب أمين في المال كالمودع، فإذا تصرف علىٰ وجه المضاربة، فقد حصل [له] العمل في المال علىٰ

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

وجه لم يرض به المالك، فيتعلق به الضمان.

وجه قول زفر، وهو رواية عن أبي يوسف: أن الدفع على وجه المضاربة لا يملكه المضارب، فصار كالمودع إذا أودع.

٢٣٣٩ ـ فَصْل: [الربح فيما إذا ضارب الأول مع مضارب ثانٍ]

وإذا ثبت وجوب الضمان على اختلافهم فيه، فالمالك بالخيار: إن شاء ضمَّن الأول وإن شاء ضَمَّن الثاني، وهذا ظاهر على قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن الأول تعدىٰ بالدفع، والآخر تعدىٰ بالقبض، فصار عندهما كالمودع إذا أودع [غيره].

فأما على أصل أبي حنيفة: فالضمان يجب على المودع الأول، ولا يجب على الثاني؛ لأن الأول ضمن بقبض الثاني، فلا يجب بالقبض الواحد الضمان على اثنين، كل واحد منهما يضمن جميع المقبوض، إلا أنه يقول في مسألة المضاربة: إن المضارب الثاني يعمل في المال لمنفعة نفسه، وهو طلب الربح، فجاز أن يضمن لذلك، والمودع الثاني لا يقبض لمنفعة نفسه، وإنما يقبض لمنفعة الأول، فإن ضمن المضارب الأول صحت المضاربة بين الأول والثاني، وكان الربح على ما شرطا؛ لأنه لما ضمن ملك بالضمان، فصار كأن المضارب دفع ملك نفسه.

وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالضمان؛ لأنه غَرَّهُ بالعقد، فصار كمودع المودع.

وصحت المضاربة؛ لأن حاصل الضمان على [المضارب] الأول، وكأنّ




رب المال ضمنه، وليس هذا كالرهن إذا غصب مِن رجل شيئًا فرهنه، فهلك في يد المرتهن، فضمنه المالك فاستحق، رجع على الراهن بالضمان، ولم يصح الرهن؛ لأن تضمين المرتهن إبطال لقبضه حين استحق، وصحة الرهن يتعلق بالقبض(١).

فإذا هلك الرهن(٢) لم يصح مع بطلان قبضه، وأما المضاربة فتضمين الثاني إبطال للقبض بعد وجوده؛ وذلك لا يبطل المضاربة.

ألا ترى أن المضارب لو باع المال من رب المال، زال قبضه ولم تبطل المضاربة، ولو رد المرتهن الرهن [على الراهن] بطل الرهن.

وقال ابن سماعة عن محمد: يطيب الربح للأسفل؛ لأنه يرجع بما ضمن، ولا يطيب للأعلى في قياس قول [٣٥٢/أ] أبي حنيفة؛ لأن المضارب الأول يستحق الربح برأس المال، وقد حظر عليه التصرف فيه، والربح إذا حصل على مال محظور وجب التصدق به، وأما المضارب الثاني فإنما استحق بدلاً عن عمله، وليس ذلك بمحظور عليه.

وقال محمد في النوادر: فإذا دفعت إلى رجل مضاربة فاسدة ولم تكن قلت له: اعمل برأيك، فدفعها إلى رجل مضاربة بالنصف، فعمل فيها فربح ألفًا، فإنه لا شيء للثاني؛ لأن الثاني إنما هو أجير بنصف الربح، ولم يضمن له الأول شيئًا من الربح، وإنما هو أجير له بأجر مثله، ورب المال يأخذ المال كله وربحه، ويرجع الأسفل إلى الأول بمثل نصف الربح.

---

(١) انظر الأصل ٢٣٩/٤، ٢٤٠.

(٢) في أ (فإذا ملك الراهن).

قال: وهذا على وجوه:

أولها: أن يكون الشرط الأول والثاني جائزين، وهي المسألة التي قدمناها أن المضارب الأول ضامن، وتصح المضاربة بينه وبين الثاني.

والفصل الثاني: إذا كانت المضاربة الأولى فاسدة والثانية جائزة، فلا ضمان على واحد من المضاربين؛ وذلك لأن المضارب الأول أجير في المال لا حق له في الربح، فلا ينفذ شرطه فيه، فلا يلزمه الضمان؛ لأن الضمان إنما يلزم بإثبات الشركة.

ويكون لرب المال جميع الربح؛ لأنه ربح في مضاربة فاسدة، وللمضارب الأول أجر مثله؛ لأن عمل الثاني وقع له، فكأنه عمل بنفسه.

وللثاني على الأول مثل ما شرط له من الربح؛ لأنه عمل بمضاربة صحيحة، [فاستحق ما سمّى له، وأمّا إذا كانت المضاربة الأولى جائزة، والثانية فاسدة]، فلا ضمان على واحد من المضاربين؛ لأن المضارب الثاني لا يستحق الشركة في المال، وإنما له أجر مثله، وكأنّ المضارب الأول استأجر من يعمل في المال.

وأما إذا كانت الأولى والثانية فاسدتين، فلا ضمان على واحد منهما؛ لأن المضارب الأول أجير في المال، والثاني أجير للأول، فصار كمن استأجر رجلاً يعمل في ماله، واستأجر الأجير رجلاً.

[قال]: وهذه الفصول الأربعة جوابها في الأصل [على الوجوه]، وقد ذكر أبو الحسن عن ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، على أن للمضارب مائة درهم من الربح، وما بقي فلرب المال، فدفعها




المضارب إلىٰ رجل مضاربة بالنصف، قال: فالأول ضامن للمال، ودفعه إلىٰ الثاني جائز، وهي مضاربة بينهما، وهذا يخالف رواية الأصل، والأول هو الصحيح.

ووجه هذه الرواية: أن المضارب يضمن بالدفع علىٰ إحدىٰ الروايات عن أبي يوسف، كما يضمن المودع بالإيداع، وهذا موجود في المضاربة الصحيحة والفاسدة[١].



(١) انظر: الأصل ٤/٢٣٤ وما بعدها.

بَابُ
المرابحة بين رب المال والمضارب
في بيع أحدهما من صاحبه من المضاربة



قال أبو الحسن: ذكر في الجامع الصغير عن أبي حنيفة: في رجل دفع إلىٰ رجل [ألف] درهم مضاربة، فاشترىٰ رب المال عبدًا بخمسمائة فباعه إياه بألف، فإن للمضارب أن يبيعه مرابحة علىٰ خمسمائة[1]؛ وذلك لأن المضارب اشترىٰ مال رب المال بماله، ألا ترىٰ أنه مالك للمالين، وإنما جاز العقد بينهما لتعلق حق المضاربة بالمال؛ وذلك إنما صار بفعلهما فيكون عقدًا في حقهما، ولا يكون عقدًا في حق غيرهما، فلذلك باع علىٰ أقل الثمنين؛ ولأن المرابحة أمانة وتنفيها التهمة والمضارِب متهم في حق رب المال، فإذا أسقط الربح زالت التهمة.

قال: فإن اشترىٰ المضارب عبدًا بألف المضاربة، فباعه من رب المال بألف ومائتين، باعه رب المال مرابحة بألف ومائة[2] إن كانت المضاربة بالنصف؛ [وذلك] لأن الربح منقسم بين رب المال والمضارب، فحصة المضارب لا تهمة فيها، فكأنّ رب المال ابتاع ذلك من أجنبي، وحصة رب المال هو ماله [٣٥٢/ب] بعينه [في بعض]، فكأنه اشترىٰ من نفسه فيسقط حقه من الربح[3].

(١) الجامع الصغير (مع النافع الكبير) ص ٤٢٣.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) انظر: الأصل ٤/٢٩٤.




وقال ابن سماعة في نوادره: سمعت أبا يوسف في مسألة المضاربة، وهو آخر ما قال: إذا اشترىٰ رب المال عبدًا بألف فباعه من المضارب بمائة، ورأس المال ألف في يد المضارب، فإن المضارب يبيعه علىٰ مائة، علىٰ ما اشترىٰ به.

وكذلك لو اشتراه المضارب بألف وباعه من رب المال بمائة، [باعه رب المال بمائة] يبيعه أبدًا علىٰ أقل الثمنين؛ وذلك لأن الحطّ لا تهمة فيه، وإنما التهمة في الزيادة، فما لا تهمة فيه يثبت حكمه، وسقط حكم الزيادة بالتهمة.

وهذا كما قالوا في البائع إذا حَطَّ عن المشتري، ثبت الحطّ في حق الشفيع [حطه في المرابحة][1]، ولو زاد [المشتري][2] البائع لم تلحق الزيادة في حق الشفيع، ولا في المرابحة.

وقال: وسمعت أبا يوسف قال: لو أن رب المال اشترىٰ بثلاثة آلاف ثم باعه من المضارب بألف، باعه المضارب علىٰ ألف.

وكذلك إن اشتراه بألفين باعه المضارب علىٰ ألفين، فإن كان رب المال اشتراه بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة، فإن المضارب يبيعه علىٰ خمسمائة وخمسين؛ وذلك لأن المائة الزائدة علىٰ الألف ربح، فنصفها للمضارب، وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه، فسقطت الخمسمائة؛ لأنها نصيب رب المال، وسقطت خمسون؛ لأنها حق رب المال من الربح.

ولو اشترىٰ المضارب بستمائة فإنه يبيعه مرابحة بخمسمائة؛ لأنه لا فضل

---

(١) في ب (والمرابحة) والمثبت من أ.

(٢) في ب (الشراء) والمثبت من أ.




في ثمنه عن رأس المال، فصار كله لرب المال، فيسقط الربح منه، ويباع على أقل الثمنين.

قال: ولا يحتسب للمضارب شيئًا من حصته حتى يكون ما نَقَد أكثر من ألف، [فيحتسب من حصته نصف ما زاد على الألف؛ وذلك] لأنه إذا اشترى بمثل[1] رأس المال أو أقلّ منه، وله في المال ربح لم يتعين له في المشترى حق، فكأنه اشترى ولا ربح في يده.

قال: ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة ثم باعه [من] المضارب بألفين، فإن المضارب يبيعه بألف وخمسمائة، ألف رأس المال، وخمسمائة حصة المضارب من الألفين؛ وذلك لأن نصيب رب المال من الثمن ألف وخمسمائة، فتسقط الزيادة فيها على رأس المال [وهي ألف، ويبقى من نصيب رب المال خمسمائة، ونصيب المضارب] خمسمائة، ورب المال فيها كالأجنبي، فيبيعه مرابحة على ألف.

ولو كان المضارب اشتراه بألف ثم باعه من رب المال بألفين، فباعه رب المال بألف وخمسمائة؛ لأن الألف رأس مال، وخمسمائة نصيب المضارب، ورب المال فيها كالأجنبي، وخمسمائة نصيب رب المال، فيجب إسقاطها[2].

قال ابن سماعة: وروي عن أبي يوسف أنه قال أخيراً، وهو القول الآخر: إن رب المال إن اشترى عبدًا بعشرة آلاف ثم باعه من المضارب بمائة، فباعه المضارب مرابحة على مائة؛ وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة آلاف فباعه من

(١) في أ (بماله).
(٢) انظر: الأصل ٤/٢٩٦.

رب المال بمائة، باعه رب المال مرابحة على مائة؛ [وذلك] لأن البيع على أقل الثمنين، لنفي التهمة، والواجب في المرابحة نفي مايتهم فيه؛ ولأنه اشتراه بأقل الثمنين، فلا يجوز أن يزيد على (الثمن الذي اشتراه)(١).

فإن قيل: كيف يجوز للمضارب على قول أبي يوسف الحط؟

قيل له: إذا باع من رب المال وحَطَّ، فقد رضي رب المال بذلك، وإنما لا يجوز حطه [عند] أبي يوسف ومحمد؛ لحَقِّ رب المال.

فأما قول أبي يوسف الأول الذي أشار إليه ابن سماعة، فهو أن الحَطَّ لا يجوز؛ لأنه قال: إذا كان رأس المال ألف درهم، فربح فيها ألفًا، ثم اشترى بألفين جارية، فباعها من رب المال بألف وخمسمائة، فإن رب المال يبيعها مرابحة على ألف وسبعمائة وخمسين [٣٥٣/أ]؛ لأن المضارب حط من الثمن خمسمائة، نصفها من نصيبه، ونصفها من مال المضاربة، وهو يملك الحطَّ في حق نفسه، ولا يملك ذلك في مال المضاربة في قول أبي يوسف ومحمد، فلم يصحَّ حطّ نصيب رب المال؛ فلذلك باع مرابحة على ألف وسبعمائة وخمسين.

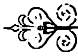
فينبغي على هذا القول: إذا باع مرابحة أن يقول: قامت علي بكذا ولا يقول اشتريتها بكذا؛ لأن الزيادة لحقت بالثمن حكمًا، والشراء ينصرف إلى ما وقع العقد به(٢).

والصحيح قوله الآخر: لأن الحط في مال المضاربة لا يجوز لحق رب المال، فإذا اشترى هو فقد رضي بذلك، فكأنه أذن للمضارب أن يبيع بنقصان لأجنبي.

---

(١) في أ (على ما اشترى به).

(٢) في أ (عليه).




وقال محمد في كتاب المضاربة: لو اشترىٰ رب المال عبدًا بألف فباعه من المضارب بألفين، ألف رأس المال، وألف ربح، فإن المضارب يبيعه مرابحة علىٰ ألف وخمسمائة، يسقط من ذلك ربح رب المال، ويبيع علىٰ رأس المال وربح المضارب، وهذا علىٰ ما قدمناه.

قال: ولو كان رب المال إنما اشترىٰ العبد بخمسمائة، والعبد يساوي ألفين، فباعه من المضارب بألفين، فإن المضارب يبيعه مرابحة علىٰ ألف؛ لأن رأس المال خمسمائة، ونصيب المضارب من المال خمسمائة، وما سوىٰ ذلك ملك رب المال، ولا يثبت حكمه.

قال: إلا أن يبيّن الأمر علىٰ وجهه، فيبيعه كيف شاء؛ وذلك لأن المانع من البيع بجميع الثمن التهمة، [فإذا بيّن زالت التهمة]، فجاز البيع.

قال: وإذا اشتراه رب المال بألف، وقيمته ألف، فباعه من المضارب بألفين، ألف مضاربة وألف ربح، فإن المضارب يبيعه علىٰ ألف مرابحة؛ وذلك لأنه لما اشترىٰ ما قيمته ألف ذهب ربحه، فلم يبق له في المال حصة، وصار كله مال رب المال، فباعه علىٰ رأس ماله، [فجاز].

ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة، والمسألة علىٰ حالها، فإن المضارب يبيعه مرابحة علىٰ خمسمائة؛ لأنه لم يبق للمضارب حصة، فصار شراء مال رب المال بعضه ببعض، فيبيعه علىٰ رأس المال الأول.

ولو كان رب المال اشتراه بألفين وقيمته ألف، فباعه من المضارب بألفين، فإن المضارب يبيعه علىٰ ألف ولا يبيعه علىٰ أكثر من ذلك؛ لأن قيمته ألف،




فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه؛ [وذلك] لأن رب المال لما باعه بألفين ما يساوي ألفاً [فهما متهمان] في حق الغير في العقد، فصار كأنّه أخذ ألفًا لا علىٰ طريق البيع، وباعه العبد بألف، فلا يبيعه علىٰ أكثر من ذلك.

قال: ولو كان العبد يساوي ألفًا وخمسمائة، والمسألة علىٰ حالها، وقد اشتراه بألف وأراد المضارب أن يبيعه مرابحة، باعه علىٰ ألف ومائتين وخمسين؛ وذلك لأن في العبد ربحًا للمضارب، ونصيبه من الربح هو مع رب المال فيه كالأجنبي، فيبيعه علىٰ أقلّ الثمنين مع حصة المضارب من الربح.

فكأنه اعتبر في هذه المسائل إذا اشترىٰ المضارب المبيع بأقل الثمنين فإن كان للمضارب حصة ضمّها إلىٰ أقل الثمنين، واعتبر حصول حصته في الثمن والمثمن؛ لأنه قال: إذا اشترىٰ بألفين ما يساوي ألفًا باعه بألف؛ لأنه لا حصة[1] له في المثمن، وإن كان له في الثمن حصة، وأما إذا اشترىٰ رب المال من المضارب فإنه يبيعه علىٰ أقل الثمنين ويضمّ إليه حصة المضارب، ويعتبر حصته في الثمن دون المثمن[2][3].

٢٣٤٠ ـ فَصْل:

ومما يلحق بهذا الباب مما لم يذكره أبو الحسن:

قال محمد في الأصل: إذا اشترىٰ المضارب عبدًا بألف درهم مضاربة، فباعه من رب المال بألفين، ثم إن رب المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف،

---

(١) في أ (لأن المثمن لا صحة له فيه).

(٢) في ب المسألة ذكرت مضطربة، والمعدل من أ.

(٣) انظر: الأصل ٤/٣٠٥ وما بعدها.

ثم اشتراه المضارب من الأجنبي [بألفين][1]، فأراد [٣٥٣/ب] أن يبيعه مرابحة، لم يجز له ذلك في [قياس][2] قول أبي حنيفة، إلا أن يبين الأمر علىٰ وجهه، ويبيعه مرابحة علىٰ ألفين في قول أبي يوسف ومحمد[3].

وهذا فرع علىٰ مسألة البيوع: إذا اشترىٰ شيئًا فربح فيه ثم ملكه بشراء آخر، فأراد أن يبيعه مرابحة، فإنه يسقط الربح في قول أبي حنيفة.

وفي مسألتنا: قد ربح فيه رب المال ألفي درهم؛ لأن المضارب لما اشتراه بألف وباعه من رب المال بألفين، فنصف ذلك الربح لرب المال، وهو خمسمائة، فلما باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه ألفًا وخمسمائة؛ لأنه قام عليه بألف وخمسمائة مقدار رأس المال، ونصيب المضارب من الربح إذا ضم إلىٰ ذلك فقد ربح ألفين.

فإذا اشتراه المضارب بألفين، وجب أن يطرح [ذلك] الألفين من رأس المال، فلا يبقىٰ شيء؛ فلذلك لم يجز له البيع مرابحة إلا بعد أن يبيّن.

وأما علىٰ قولهما: فالربح في العقد الأول لا يحط من الثاني، فيبيعه علىٰ جميع الألفين.

قال: ولو اشترىٰ المضارب عبدًا بألف، فباعه من رب المال بألف وخمسمائة درهم، ثم باعه رب المال من أجنبي بألف وستمائة، ثم إن المضارب اشتراه من الأجنبي بألفي درهم، فأراد أن يبيعه مرابحة، باعه علىٰ ألف وأربعمائة

(١) في ب (بألف درهم) والمثبت من أ.
(٢) الزيادة من الأصل للشيباني، ٤/٣٩٧، ٣٩.
(٣) انظر: الأصل ٤/٢٩٨.

في [قياس] قول أبي حنيفة ؛ لأن ربَّ المال قد ربح فيه ستمائة ، ألا ترىٰ أن المضارب لما اشتراه بألف ، وباعه من رب المال بألف وخمسمائة ، فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون ، [ونصيب المضارب من الربح أيضًا مائتان وخمسون] ، (فكأنّ رب المال اشترىٰ بألف ومائتين وخمسين ، رأس المال وحصة المضارب)(١) ، فلما باعه [رب المال] بألف وستمائة فقد ربح ثلاثمائة وخمسين ، فقد كان ربح مائتين وخمسين بربح المضارب ، فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن ، فيبقىٰ ألف وأربعمائة(٢) .

قال: ولو اشترىٰ المضارب عبدًا بألف فوَلاَّه رب المال ، ثم إن ربّ المال باعه من أجنبي بألف وخمسمائة ، ثم إن المضارب اشتراه من الأجنبي مرابحة بألفين ، ثم إن رب المال حَطَّ عن الأجنبي ثلاثمائة ، فإن الأجنبي يحط عن المضارب أربعمائة ؛ لأن رب المال لما حَطَّ عن الأجنبي ثلاثمائة استند ذلك الحط إلىٰ العقد ، وكأنّ ذلك المقدار لم يكن ، فيطرح من رأس المال ، ويطرح حصته من الربح ، وقد كان الأجنبي ربح مثل ثلث الثمن ، فيحط مع الثلاثمائة ثلثها ، فيصير الحط عن المضارب أربعمائة ، [فإن أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مرابحة ، باعه علىٰ ألفين ومائتين ؛ لأن ربّ المال قد ربح أربعمائة] ، ألا ترىٰ أنه باعه من الأجنبي بربح خمسمائة ، ثم حَطَّ عنه ثلاثمائة ، وهذا الحط من رأس المال والربح جميعًا ، مائتين من رأس المال ومائةٍ من الربح ، فلما سقط من الربح مائة بقي الربح أربعمائة ، فلما اشتراه المضارب بألفين ثم حط عنه أربعمائة صار شراؤه [بألف](٣) وستمائة ، فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.
(٢) انظر: الأصل ، ٢٩٨/٤ ، ٢٩٩ .
(٣) في ب (بألفين) والمثبت من أ.

أربعمائة، فيبيعه على ما بقي[1].

٢٣٤١ ـ فَصْل: في المرابحة بين المضاربين

قال محمد في الأصل: إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، ودفع إلى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى أحد المضاربين عبدًا بخمسمائة [من المضاربة، فباعه من المضارب الآخر بألف، فأراد الثاني أن يبيعه مرابحة باعه على خمسمائة]، وهو أقل الثمنين؛ لأن مال المضاربين لرجل واحد، فصار بيع أحدهما مع الآخر في حق الأجانب، كبيع الإنسان ماله بماله، فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين.

ولو كان الأول اشتراه بخمسمائة فباعه من الثاني بألفين: [ألف] من المضاربة، وألف من مال نفسه، فإن الثاني يبيعه مرابحة على ألف ومائتين وخمسين؛ لأن الثاني اشترى نصفه لنفسه بألف، وقد كان الأول اشترى ذلك [٣٥٤/أ] النصف بمائتين وخمسين، فيبيعه الثاني مرابحة على الألف؛ لأنه لا نصيب لواحد منهما في شراء صاحبه، فصارا كالأجنبي.

وأما النصف الذي اشتراه الثاني بألف للمضاربة، فقد كان الأول اشتراه بمائتين وخمسين، وهو مال واحد، فيبيعه على أقل الثمنين.

ولو كان الأول اشتراه بألف المضاربة، فباعه من الثاني بألفين للمضاربة: ألف رأس المال، وألف ربح، فإن الثاني يبيعه مرابحة بألف وخمسمائة؛ لأنه يبيعه على أقل الثمنين (وعلى حصته من الربح)[2]، وأقل الثمنين ألف، وحصة

(١) انظر: الأصل، ٤/٣٠٠.

(٢) ساقطة من أ.




المضاربة خمسمائة.

ولو كان الأول اشتراه بخمسمائة والمسألة على حالها، باعه الثاني على ألف؛ لأن أقل الثمنين خمسمائة، وحصة ذلك المضارب خمسمائة، فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين وحصته من الربح[1].



(١) انظر: الأصل، ٤/٣٠٥ وما بعدها

بَابُ
ما يجوز للمضارب أن يشتري بمال المضاربة وما لا يجوز



قال أبو الحسن: كل ما اشتراه للمضاربة مما لا يجوز بيعه فيه إذا قبضه فالشراء لنفسه، وحقوق البيع لازمة له دون رب المال، وإن أدى فيه شيئًا من مال المضاربة ضمنه.

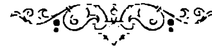
قال الشيخ رحمه الله: وجملة هذا أن المضارب إذا اشترى ما لا يملك بالقبض أو اشترى ما لا يصح بيعه بعد الشراء، فإنه لا يكون على المضاربة [لأن المضاربة] إذن في التصرف الذي يحصل به الربح، وذلك لا يكون إلا بالشراء والبيع، فما لا يملك لا يحصل فيه الربح، وما يملك ولا يقدر على بيعه لا يحصل فيه الربح، فلم يدخل ذلك تحت الإذن، فإن اشتراه كان مشتريًا لنفسه، فإذا دفع فيه مال المضاربة ضمنه.

قال: وهذا مثل أن يشتري خمرًا أو خنزيرًا أو مدبرًا أو مكاتبًا أو أُمَّ ولد أو ميتة أو دمًا؛ وذلك لأن هذه الأشياء لا تملك، وإن قبضها لا تدخل تحت الإذن، فإن اشترى عبدًا أو ثوبًا أو عرضًا من العروض بشيء مما ذكرنا غير الميتة والدم، فالشراء على المضاربة؛ لأن البيع يملك بالقبض، ويجوز بيعه، والإذن في الشراء [يتناول الصحيح والفاسد، فأما إذا كان الثمن ميتة أو دمًا، فما اشتراه لا يكون] على المضاربة؛ لأن ذلك لا يملك بالقبض.

قال: وإن اشترى ذا رَحِم مَحْرم من رب المال فهو مشترٍ لنفسه؛ لأن هذا لو




اشتراه على المضاربة عتق على رب المال، فلم يقدر على بيعه، فإن اشترى ذا رحم محرم من نفسه ولا ربح في المال، فالشراء على المضاربة؛ [لأنه] لا ملك له فيه، فقدر على بيعه، وإن كان في المال ربح فالشراء لنفسه، وقد عتق عليه؛ لأنه لا يقدر على بيعه إذا اشتراه للمضاربة وفيها ربح، ألا ترى أن نصيبه منه يعتق، وما لا يقدر على بيعه لا يكون للمضاربة[1].



(١) انظر: الأصل، ٤/٢٦١.

بَابُ
عتق المضاربة



قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعًا: إذا أعتق المضارب عبدًا من المضاربة، فإن كان في نفس العبد المعتق فضل عن رأس المال جاز عتقه في قدر حصته من الربح، وهو كعبد بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه، فإن لم يكن في قيمته فضل عن رأس المال لم يجز عتقه؛ وذلك لأن العبد إذا كان بقدر رأس المال لا فضل فيه فلم يتعين للمضارب فيه حق؛ لأنه مشغول برأس المال وإن كان هناك مال آخر، ألا ترىٰ أنه لو هلك ذلك المال صار العبد هو رأس المال، وإذا لم يتعين له فيه حق لم يعتق.

وإن كان قيمة العبد أكثر من رأس المال فقد تعين للمضارب فيه حق؛ (لأن المال إذا كان من جنس واحد وهو أكثر من رأس المال)[1] فحق المضارب فيه معين، فإذا أعتقه نفذ عتقه في نصيبه، وصار كعبد بين شريكين أعتق أحدهما.

قال: وكذلك إن كاتبه فأدّىٰ أو أعتقه علىٰ مال فهو مثل ذلك، وإذا لم يكن فيه فضل لم يجز، وإن كان فيه فضل [جاز]، كان كعبد بين رجلين [٣٥٤/ب] أعتقه أحدهما علىٰ مال، فإذا [قبل] عتق عليه نصيبه وكان [رب][2] المال بالخيار.

وإن كاتبه فلرب المال فسخ الكتابة، وإن أدىٰ الكتابة قبل أن يفسخ عتق،

(١) ساقطة من أ.

(٢) في ب (ربح) والمثبت من أ.




إلا أن رب المال يأخذ مما أَدَّاه المكاتب قدر حصته منه ؛ وذلك لأنه إذا كان فيه فضل فقد تعين حقه في الربح ، فعتقه على مال كعتقه بغير مال ، فنفذ في قدر نصيبه ، وأما الكتابة فلرب المال أن يفسخها قبل الأداء ؛ لأنه تصرف في المال المشترك (تصرفًا)[1] يلحقه الفسخ ، ويضر بالشريك ، فكان للشريك دفع ذلك ، كما لو بنى في الدار المشترك.

فإن أدى المكاتب قبل الفسخ فالأداء شرط في العتق ، فصار كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما ، ويرجع رب المال على المضارب بمقدار نصيبه من المؤدى ؛ لأنه كسب عبد مشترك.

قال: وكذلك لو ادعى المضارب عبدًا اشتراه أنه ابنه ، لم تجز دعواه إن لم يكن فيه فضل ، فإن كان فيه فضل ، جازت دعواه وعتق[2] ؛ لأن دعواه الملك كعتاق موقع ، فإن كان فيه فضل جازت دعواه وعتق ؛ لأنه يملك العتاق فصَحَّتْ دعواه ، وإن لم يكن فيه فضل فهو لا يملك العتاق ، فلم تنفذ دعواه.

فإن زادت قيمة العبد على رأس المال بعد ذلك جازت دعواه ، وعتق عليه ، وكان كعبد بين شريكين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله ؛ وذلك لأنه لما ادعى السبب ولا ملك له فدعوته موقوفة ، فإذا ازدادت القيمة [على رأس المال] ملك جزءًا منه فنفذت دعوته [فيه] ؛ لأن مَنْ ادَّعَى في غير ملكه ثم ملك ، نفذت دعوته.

وليس كذلك إذا أعتق ثم زادت قيمته أن العتق لا ينفذ ؛ لأن من أعتق ملك

---

(١) في أ (على وجه).

(٢) الجملة في ب مكررة.

غيره ثم ملكه لم ينفذ عتقه فيه ، ولا ضمان على المضارب في ذلك ؛ لأن العبد عتق بغير فعله ، ألا ترى أنه لم يعتق بدعوته ، وإنما عتق بزيادة القيمة ، والعبد المشترك إذا عتق بغير فعل الشريك لم يضمن.

قال: وكذلك إذا اشترى أمة قيمتها ألف ، ورأس المال ألف ، فولدت ولدًا يساوي ألفًا ، فادعى الولد فإنه لا يكون ولده ، ولا تكون أمه أم ولد له ؛ لأنه ليس في أحدهما فضل عن رأس المال.

وكذلك لو كان في يد المضارب عشرون عبدًا قيمة كل واحد ألف ، ورأس المال ألف لم يجز عتقه في واحد منهم ؛ وذلك لأن المضارب لا يتعين له ملك في واحد منهم ؛ لأن كل واحد يجوز أن يكون هو رأس المال ، ولأن حق المضارب لا يتعين في الربح قبل تعيين رأس المال ، وإذا لم يملك شيئًا منهم لم ينفذ عتقه ولا دعوته.

وقد قالوا في هذه المسألة: إن رب المال لو أعتق العبيد نفذ عتقه في جميعهم ؛ لأنه لما لم يتعين للمضارب فيهم ملك بقوا على ملك رب المال ، فإذا أعقتهم بلفظة واحدة عتقوا جميعًا ، ويضمن حصة المضارب منهم موسرًا كان أو معسرًا ؛ لأن المضارب وإن لم يملك فقد كان له حق أن يتملك ، فأفسده عليه رب المال فيضمن له.

وإنما استوى اليسار والإعسار ؛ لأنه باشر الجميع بالعتق فينفذ فيه ، فصار كأنه أتلف المال ، وليس هذا كضمان العتق ؛ لأنه يختص بنصيبه ، ثم يسري على قول أبي يوسف ومحمد إلى نصيب شريكه حكمًا ؛ فلذلك يختلف فيه اليسار والإعسار.




ومن أصحابنا من بنىٰ مسألة العبدين علىٰ أصل أبي حنيفة: أن الرقيق لا يقسم بعضه في بعض، فإذا اشترىٰ عبدين قيمة كل واحد منهما مثل رأس المال (منهما كالجنسين الذي لا يقسم بعضها في بعض، ومتىٰ كان مال المضارب في جنسين كل واحد منهما مثل رأس المال) اشتغل كل واحد [٣٥٥/أ] منهما برأس المال، وامتنع أن يتعين للمضارب فيه حق.

وليس كذلك إذا كان المال من جنس واحد؛ لأن بعضه يقسم في بعض، فيتعين نصيب المضارب فيما زاد علىٰ رأس المال.

قال أبو الحسن: وكذلك لو كان في يده مع ذلك عشرون ألف درهم، وذلك لما بيّنا أن المال إذا حصل من جنسين فلم يتعين رأس المال في أحدهما، فصار كل واحد من العبيد مشغولاً برأس المال.

وكذلك الدراهم مقدار رأس المال فيها مشغول به، وما زاد علىٰ ذلك يتعين حق المضارب فيه.

وقد قال زفر في مسألة العبدين: إن عتق المضارب ينفذ في نصيبه منهما؛ لأن رأس المال لا يجوز أن يكون أكثر من ألف، فما زاد علىٰ ذلك حق المضارب متعلق به، فينفذ عتقه فيه.

والذي ذكره أبو الحسن في الجارية إذا ولدت فادعىٰ المضارب [الولد]، محمول علىٰ أنها علقت قبل أن يشتريها، فأما إذا كان العلوق بعد الشراء فحكم المسألة يتغيّر؛ وذلك لأن المضارب يغرم العقر، فإذا قدرنا العقر مائة، فإن استوفاها رب المال منه نقص رأس ماله، وصار تسعمائة، فيتعين للمضارب ملك

فيهما جميعًا، فنفذت دعوته.

وإذا ثبت النسب ضمن [المضارب] قيمة الأم [تمام] تسعمائة حتىٰ يستوفي رب المال تمام رأس ماله، ثم يغرم خمسين درهمًا وهو تمام ما بقي من الأم، فظهر أن الولد ربح بينهما، فيعتق النصف من المضارب ويسعىٰ في النصف لرب المال، قال عيسىٰ بن أبان: وهذا الجواب هو الصحيح.

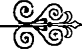
وقد ذكر محمد في الأصل مسألة أخرىٰ، طعن عيسىٰ عليها، وهي إذا اشترىٰ جارية بألف تساوي ألفًا، فولدت ولدًا يساوي ألفًا، فادعاه المضارب لم يثبت نسبه، ويغرم العقر، فإن زادت قيمة أحدهما أو[1] قيمتهما جميعًا، فإن كانت قيمة الولد زادت حتىٰ صارت ألفي درهم ثبت النسب من المضارب؛ لأنه ملك بعضه فعتق ربعه عليه، ولا ضمان عليه؛ لأنه عتق بزيادة القيمة، [ولا فعل له فيه]، ويسعىٰ العبد في ثلاثة أرباع قيمته لرب المال، والجارية علىٰ حالها لم تصر أم ولد للمضارب ما لم يستوف رب المال العقد أو السعاية؛ لأن المضارب لم يظهر له الربح في الجارية ما لم يصل إلىٰ رب المال شيء من المال.

ولو لم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الأم فصارت ألفين، فإن الجارية أم ولد، وعلىٰ المضارب ثلاثة أرباع قيمتها لرب المال؛ لأن ضمانها ضمان نقل، ولهذا يستوي فيه اليسار والإعسار، فيستوي أن يكون بفعله أو من طريق الحكم، ولا يثبت نسب الولد؛ لأن المضارب لم يملك من الولد شيئًا ما لم يأخذ رب المال شيئًا من رأس ماله.

فإذا زادت قيمتهما جميعًا فصارت قيمة كل واحد منهما ألفي درهم، فإنه

---

(١) في أ (قيمتها أو قيمة أحدهما).

يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم ولد له؛ لأنه قد ملك بعض كل واحد منهما، ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية، ألفي درهم، وعقر مائة درهم، وظهر أن رب المال استوفى رأس ماله، واستوفى من الربح ألف ومائة، فللمضارب أن يستوفي من الولد مقدار ألف ومائة، فيعتق الولد منه بذلك المقدار، وبقي من الولد مقدار تسعمائة ربح بينهما، لكل واحد أربعمائة وخمسون، فما أصاب المضارب عتق، وما أصاب رب المال يسعى فيه الولد.

قال عيسى: وهذا الجواب خطأ، والصحيح أن يقال: يضمن المضارب من الأم ثلاثة أرباع قيمتها، ويضمن نصف العقر، وبقي الولد ربحًا بينهما، فيسعى في نصف قيمته لرب المال، ويسقط عنه النصف بحصته للمضارب، وهذا الذي ذكره عيسى هو على جواب محمد في المسألة التي قدمناها، إذا لم تزد قيمة كل واحد منهما.

وعلى قياس ما قال محمد في مسألة الزيادة يجب أن يقول: إذا لم تزد قيمتهما فينبغي أن يغرم المضارب [٣٥٥/ب] ألف ومائة، ثم يستوفي المضارب من الولد مائة، وبقي تسعمائة بينهما.

فمن أصحابنا من قال: القياس ما أجاب به في المسألة التي قدمناها، إذا لم تزد قيمته.

ووجهه: أن المضارب لا يغرم بعدما غرم تمام رأس ماله إلا نصف ما بقي من الأم؛ لأن ما بقي ربح بينهما، فلا يجوز أن يغرم الكل.

والذي أجاب به في مسألة الزيادة: هو الاستحسان؛ لأنه في غرم تمام قيمة



الجارية [تكثر][1] العتق، والعتق والرق إذا اجتمعا غلبت الحرية الرق.

ومن أصحابنا من قال: إنما افترقت المسألتان لوضعهما؛ لأن سبب العتق في مسألة الزيادة قيمة الولد، وفي المسألة الأخرىٰ سبب العتق قبض رب المال إلىٰ العقر، فلما شارك رب المال المضارب في سبب عتقه لم يجز أن يجتمع ربحه في الجارية.

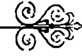
وأما في المسألة الأخرىٰ لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال إلىٰ الجارية؛ لأن المضارب قد ملكها.

وقد قيل أيضًا: إن في تلك المسألة إنما قصد تكثير العتق، وفي المسألة الأخرىٰ إذا لم تزد القيمة لا يتبين تكثير العتق؛ لأن الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر، فلا يتبين بذلك المقدار تكثير العتق.

وقد قالوا في المضارب: إذا اشترىٰ جارية بألف، فولدت ولدًا يساوي ألفًا، فادعاه رب المال، ثبت النسب وعتق الولد، وصارت الجارية أم ولد له، وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه؛ وذلك لأن دعوته صادفت ملكه، فيثبت النسب، واستندت الدعوة إلىٰ وقت العلوق، ولا قيمة للولد في ذلك الوقت، ولا فضل في المال، فلا يجب عليه القيمة ولا العقر؛ لأنه وطئ ملك نفسه [فلا يلزمه بسبب شيء][2].



(١) في ب (الكثير) والمثبت من أ.
(٢) انظر: الأصل، ٤/٢٤٩ وما بعدها.

بَابُ
قسمة المضاربة



قال أبو الحسن: وإذا دفع الرجل [إلى الرجل] ألف درهم مضاربة بالنصف، فربح المضارب ألفًا، فاقتسما الربح، ورأس المال في يد المضارب، لم يقبضه رب المال، فهلكت الألف التي في يد المضارب بعد قسمتهما الربح، أو خسرها المضارب، أو تويت، فإن القسمة الأولى لا تصح، وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس المال، وما قبضه المضارب دين عليه يرده حتى يستوفي رب المال رأس ماله، ولا يصح قسمة الربح حتى يستوفي رب المال رأس ماله.

وذلك لما روي أن النبي ﷺ قال: «**مثل المؤمن مثل التاجر، لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله، كذلك المؤمن، لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزائمه**»[1]، فهذا يدل على أن الربح لا يثبت قبل أن يتعين رأس المال؛ ولأن المال إذا بقي في يد المضارب فحكم المضاربة بحالها.

فلو صححنا قسمة الربح لثبت الفرع قبل أصله، وهذا لا يجوز، وإذا لم تصح القسمة؛ فمتى هلك ما في يد المضارب صار الذي اقتسماه هو رأس المال، فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال.

قال: فإن قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولاً، ثم اقتسما الربح، ثم

---

(١) أورد نحوه الديلمي في الفردوس، ٤/١٤١. ولم أجده إلا في كتب فقه الحنفية.




رد الألف التي قبضها بعينها إلىٰ يد المضارب علىٰ أن يعمل بها بالنصف، فهذه مضاربة مستقبلة، وإن هلكت في يده لم تنقض القسمة الأولىٰ؛ لأن رب المال لما استوفىٰ رأس المال زالت المضاربة، وصحت القسمة، فإذا رد المال فهذا عقد آخر، فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة في غيره.

قال: ولو كان الربح في المضاربة الأولىٰ ألفين، فاقتسما الربح، فأخذ رب المال ألفًا والمضارب ألفًا، ثم هلك ما يد المضارب، فإن القسمة باطلة، وما قبضه رب المال محسوب من رأس ماله، ويرد المضارب نصف الألف التي قبض؛ وذلك لأن [المال] لما هلك قبل صحة القسمة صار ما قبضه [٣٥٦/أ] رب المال رأس ماله، فتعين الربح فيما قبضه المضارب، ومن حكمه أن يكون بينهما فيجب عليه أن يرد نصفه.

وكذلك إن كان قد هلك ما قبضه المضارب فيجب عليه أن يرد نصفه؛ لأنا قد بيّنا أنه قابض نصيب رب المال من الربح لنفسه، فصار ذلك مضمونًا عليه، [وليس كذلك] لو هلك ما قبضه رب المال لم يتعين بهلاكه شيء؛ لأن ما هلك [بعد] القبض يهلك من ضمان القابض، فبقاؤه وهلاكه سواء.

قالوا: ولو اقتسما الربح ثم اختلفا، فقال المضارب قد كنت دفعت إليك رأس المال قبل القسمة، وقال رب المال: لم أقبض رأس المال قبل ذلك، فالقول قول رب المال، ويرد المضارب مما قبض لنفسه تمام رأس المال، يحتسب علىٰ رب المال بما قبضه من رأس ماله، ويتم له رأس ماله بما يرده المضارب، فإن بقي شيء بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين؛ وذلك لأن المضارب يَدَّعِي إيفاء رأس المال، ورب المال يجحد ذلك، والقول قول الأمين في إسقاط

الضمان عن نفسه، ولا يقبل قوله في التسليم إلىٰ غيره؛ ولأنه يَدَّعِي خلوص ما بقي من المال للربح، ورب المال يجحد ذلك، فلا يُقْبَلُ قول المضارب في الاستحقاق.

فإن أقاما بينة، فالبينة بينة المضارب؛ لأنه يثبت إيفاء رأس المال، ورب المال يجحد ذلك.

فإن قيل: قسمتهما للربح ظاهرة فيما ادعاه المضارب من إيفاء رأس المال؛ إذ الربح لا يكون إلا بعد الإيفاء، قلنا: قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء رأس المال في يد المضارب.

قال ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره: في رجل دفع [إلىٰ رجل] ألف درهم مضاربة صحيحة، ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفقته، والمضارب [يعمل] ببقية المال ويربح فيما يشتري ويبيع، ثم احتسبا، فإنهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم يحتسبان، والربح بينهما نصفان، ولا يكون ما أخذ رب المال من النفقة نقصانًا من رأس المال، ولكنهما يحتسبان رأس المال ألفًا من جميع المال، وما بقي فهو بينهما نصفان؛ وذلك لأنا لو جلعنا المقبوض من رأس المال أدّىٰ ذلك إلىٰ إبطال المضاربة؛ لأن رب المال متىٰ استرجع رأس ماله بطلت المضاربة، وهما لم يقصدا إبطالها، فلم يبق إلا أن يجعل رأس المال فيما بقي(١).



(١) انظر: الأصل، ٢٤٣/٤ وما بعدها.

بَابٌ
في جحود المضارب مال المضاربة



[قال أبو الحسن]: قال ابن سماعة في نوادره: سمعت أبا يوسف قال في رجل دفع إلىٰ رجل مالاً مضاربة ثم طلبه منه، فقال: لم تدفع إلي شيئًا، ثم قال: بلىٰ أستغفر الله، قد دفعت إليّ ألف درهم مضاربةً، ثم اشترىٰ بها بعد ذلك أو ضاعت من المضارب بعد ذلك، فإن اشترىٰ بها فعلىٰ المضاربة، وإن ضاعت قبل أن يشتري فهو ضامن، أما ثبوت الضمان بالجحود فلأنه أمين، فإذا جحد الأمانة ضمن كالمودع؛ ولأَنَّ مَنْ في يده شيء فالظاهر أنه مالكه، فإذا جحد أن يكون لغيره حكمنا له فيه بحكم الملك، ويستحيل أن يحكم له (في ملك غيره بالملك)[1] إلا بعد إيجاب الضمان عليه؛ ولأنه بالجحود قد رد الأمر بالحفظ، فصار متمسكًا بغير أمر المالك، فضمن[2].

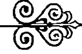
وأما إذا اشترىٰ بها مع الجحود فالشراء لنفسه؛ لأنه ضامن للمال، ومن حكم المضارب أن يكون أمينًا، فإذا ضمن انتفىٰ حكم المضاربة بوجوب الضمان، وأما إذا أقرَّ بعد الجحود لم يرتفع الضمان؛ لأنه رد الأمر بالجحود، فلا يعود بالإمساك إلا بسبب آخر.

فإن اشترىٰ بها بعد الإقرار فالقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه؛ لأنه [٣٥٦/ب] ضمن المال بجحوده، فلا يبرأ منه بفعله.

---

(١) في أ (بملك غيره).

(٢) انظر: الأصل ٣٢٢/٤.

والاستحسان: أن يكون ما اشتراه على المضاربة، ويبرأ من الضمان؛ وذلك لأن الأمر بالشراء عام فيما قبل الجحود وبعده، فإذا اشترى فقد زال التعدي حين فعل ما أمر به المالك فيبرأ من الضمان، وصار المشترى للمضاربة، [وليس هذا] كما لو قال له: اشترِ لي بالدين الذي في ذمتك؛ لأن المضمون في الذمة لا يبرأ منه بفعله، والعين المضمونة يجوز أن يبرأ منها بفعله، ألا ترى أنه لو قال له: اجعلها في موضع كذا، برئ من الضمان بذلك، بخلاف الدين.

وكذلك رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يشتري بها عبدًا فجحده الألف ثم أَقَرَّ بها ثم اشترى جاز الشراء، وكان للآمر، وبرئ الجاحد من الضمان.

وإن اشترى بها عبدًا ثم أَقَرَّ لم يبرأ من الضمان، وكان الشراء[1] له، وهذا على ما ذكرنا في المضارب.

قال: ولو [كان] دفع إليه ألفًا وأمره أن يشتري بها عبدًا بعينه، ثم جحد الألف، ثم اشترى العبد ثم أقرّ بالألف، فإن العبد للآمر؛ وذلك لأن التوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه، فبقي أن يكون [الشراء] للآمر، فكأنه أقر ثم اشترى.

وليس كذلك المضارب؛ لأنه يملك أن يشتري لنفسه، فلا يحمل على الشراء لرب المال إلا أن يقر بالمال قبل الشراء.

وقال أبو يوسف: لو دفع إليه عبدًا ليبيعه ثم جحده إياه فادّعاه لنفسه، ثم أقر له به فباعه، فإن البيع جائز، وهو بريء من ضمانه، وكذلك لو دفع إليه عبدًا

(١) في أ (المشترى له).

وأمره أن يهبه [لفلان][1]، فجحده وادعاه لنفسه، ثم أقر به فوهبه فهو جائز، وكذلك إن أمره بعتقه فجحده [وادّعاه لنفسه][2]، ثم أقر [به] فأعتقه، جاز عتقه؛ وذلك لأن الأمر بالبيع والهبة والعتق عام فيما قبل الجحود وبعده، فإذا جحد ثم أقر ثم باع فقد تصرف بأمر المالك، فزال بتصرفه الضمان.

قال ابن سماعة: وينبغي في قياس قوله هذا في الألف إذا أمره أن يشتري بها عبدًا بعينه، أنه إذا أمره أن يبيع له عبدًا أو دارًا أو يهبه لرجل، أو يعتقه، ثم جحد ذلك فادعاه لنفسه، ثم باع العبد أو وهبه أو أعتقه أو باع الدار، ثم أَقَرّ بذلك بعد البيع، أنه جائز، ويلزم الآمر، وهذا صحيح؛ لأنه لا يملك أن يبيع [العبد] لنفسه، وإنما باعه للآمر، وذلك يسقط الضمان المتعلق بالجحود.

وقال هشام: سمعت محمدًا قال في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فجاء بألف وخمسمائة فقال: هذه الألف رأس المال، وهذه الخمسمائة ربح، ثم سكت، ثم قال: عَلَيَّ دين فيه لفلان كذا وكذا، قال محمد: يقبل قول المضارب؛ لأنه يقول هذا ربح وَعلَيّ دين؛ وذلك لأن المضارب أقر بالدين في حال تملك الإقرار به، فينفذ إقراره، وليس يمتنع أن يقول: قد ربحت ولزمني دين، فيقبل قوله.

قال: ولو جاء المضارب بألفين فقال: ألف رأس المال وألف ربح، ثم قال: لم أربح إلا خمسمائة ثم هلك المال كله في يد المضارب، فإن المضارب يغرم الخمسمائة التي جحدها، ولا ضمان عليه في باقي المال؛ وذلك لأن الربح أمانة

---

(١) في ب (إليه) والمثبت من أ.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من البدائع؛ والعبارة بنصها في البدائع ٦/١١١.

في يده، فإذا جحده صار غاصبًا فيضمنه بالهلاك.

ولو قال المضارب لرب المال: قد دفعت إليك رأس مالك، والذي بقي في يدي ربح، ثم رجع فقال: لم أدفعه إليك ولكن هلك، فإنه يضمن ما ادّعىٰ دفعه إلىٰ رب المال؛ لأنه صار جاحدًا بدعوىٰ الدفع، فيضمن بالجحود، وكذلك لو اختلفا في الربح ثم رجع فقال: لم أدفعه إليك ولكنه هلك، فإنه يضمن ما ادّعىٰ دفعه إلىٰ رب المال لما بيّنا.

ولو اختلفا في الربح فقال رب المال: شرطتُ لك [٣٥٧/أ] الثلث، وقال المضارب: شرطتَ لي النصف، ثم هلك المال في يد المضارب، قال محمد: فإن المضارب يضمن السدس من الربح ويؤديه إلىٰ رب المال من ماله خاصة، ولا ضمان عليه فيما سوىٰ ذلك؛ [وذلك] لأنا قد قدمنا أن القول في شرط الربح قول رب المال، وإذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث، وقد ادعىٰ النصف، ومن ادعىٰ أمانة في يده ضمنها، فكذلك يضمن سدس الربح(١).

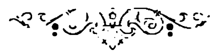
وقال الحسن: إذا أَقَرَّ المضارب أنه قد عمل بالمال وأن في يده عشرة آلاف، علىٰ أنّ فيها دينًا ألفًا أو ألفين، فقال ذلك في كلام متصل، كان القول قوله مع يمينه، فيدفع الدين منه سمّىٰ صاحبه أو لم يسمّه، وإن سكت سكتة ثم أَقَرَّ بعد ذلك، وادعىٰ صاحبه أو لم يسمه لم يصدق.

وكذلك إذا قال: منه وديعة لفلان ألف، ثم قال: غصبت ذلك، وهذا قياس قول أبي حنيفة، وهو مخالف لما ذكره في أول الباب عن محمد.

---

(١) انظر: البدائع ٦/١١٢.

ووجهه: أنه إذا قال: في يدي عشرة آلاف ربح، ثم سكت، ثم قال: عَلَيَّ دين ألف درهم، فقد رجع عمّا أقر به؛ لأن الربح لا يكون إلا بعد قضاء الدين، والإقرار إذا صَحَّ لم يقبل رجوع المقر عنه، وليس كذلك إذا [كان] قاله متصلاً؛ لأن الإقرار لم يستقر، فصار كالاستثناء.



بَابُ
مضاربة الحربي والمرتد

قال أبو الحسن: وإذا دفع المسلم إلىٰ المسلم مالاً مضاربةً ثم ارتد رب المال، فباع المضارب واشترىٰ بالمال بعد الردة، فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة، فإن رجع إلىٰ الإسلام جاز ذلك كله، وكان في جميع أحكام المضاربة كأنه لم يرتد، وكذلك إن لحق بدار الحرب ثم رجع مسلمًا قبل أن يحكم بلحاقه.

(فإن مات أو قُتِلَ علىٰ ردته أو لحق بدار الحرب فحكم بلحاقه)[1]، بطلت المضاربة من يوم ارتد، وهذا فرع علىٰ أصل أبي حنيفة: أن ملك المرتد مراعىٰ، فإن مات علىٰ ردته [أو قُتِلَ] أو لحق بدار الحرب، فحكم بلحاقه زال ملكه من حين ارتد، وانتقل إلىٰ ورثته، وصار كأنه في ذلك الوقت، فبطل تصرف المضارب بأمره، وصار كأنه تصرف في ملك الورثة، فإن كان المال يومئذٍ [قائمًا] في يده لم يتصرف فيه ثم اشترىٰ بعد ذلك، فما اشتري له، وربحه عليه [وضيعته]، فإنه انعزل عن المضاربة وزال [ملك] الآمر عن المال، فصار متصرفًا في ملك الورثة بغير أمرهم.

وإن كان المال متاعًا أو عروضًا أو غير الدراهم والدنانير من سائر الأموال، فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتىٰ يحصل[2] رأس المال؛ وذلك لأن المضارب في هذا الحال لا ينعزل بالعزل، ولا بموت رب المال، وكذلك بردته.

---

(١) ساقطة من أ.

(٢) في أ (ينقص).

فإن حصل في يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم [أو دراهم ورأس المال] دنانير، فالقياس أن لا يجوز له التصرف؛ لأنها من جنس الأثمان، فكأنها غير[1] رأس المال، إلا أنهم استحسنوا فقالوا: إن باعها بجنس رأس المال جاز؛ لأن على المضارب أن يبيع ما في يده حتى يرد مثل[2] رأس المال، فصارت كالعروض.

فأما إذا أسلم أو عاد من دار الحرب مسلمًا قبل الحكم بلحاقه، جاز تصرف المضارب؛ لأن حكم الردة ارتفع، وصار كأنه لم يزل مسلمًا.

وأما على أصل أبي يوسف ومحمد: فالردة لا تؤثر في حكم الأملاك، فتصرف المضارب يجوز بعد الردة، كما يجوز تصرف رب المال، فإن مات [المرتد] رب المال أو قُتِلَ، صار كموت المسلم في بطلان المضاربة، وكذلك [٣٥٧/ ب] إن لحق وحُكِمَ بلحاقه؛ لأن الحكم باللحاق يجري مجرى الموت؛ بدلالة أن ماله ينتقل إلى ورثته، فبطل أمره في المال[3].

٢٣٤٢ - فَصْل: [المضاربة في حال ردة المضارب وحده]

فإن كان المضارب هو المرتد ولم يرتد رب المال، فالمضاربة على حالها في قولهم جميعًا؛ وذلك لأن المرتد يقف تصرفه عند أبي حنيفة لوقوف أملاكه، والمضارب يتصرف في منافعه، وملكه ثابت عليها، فصار كالمسلم، إلا أن العهدة في قياس قول أبي حنيفة على رب المال؛ لأنه لما لم يملك التصرف في

(١) في أ (عين).

(٢) في أ (يرد رأس المال).

(٣) انظر: الأصل ٤/ ٢٦٧ وما بعدها.




المال حتىٰ لا يضرّ بورثته، كذلك لا يملك التزام العهدة؛ لأنه يضرّ بهم، ومن تصرف للغير وهو ممن لا تلزمه عهدة كانت العهدة علىٰ الآمر، كمن وكّل صبيًا محجوراً.

وعلىٰ قولهما: العهدة عليه؛ لأن تصرفه كتصرف المسلم، فجاز أن يضمن العهدة بالتصرف.

قال: فإن مات المضارب أو لحق بدار الحرب، فحكم بلحاقه أو قتل، بطلت المضاربة؛ وذلك لأن موته مرتدًا كموته قبل الردة، والحكم بلحاقه كموته في بطلان تصرفه[1].

قال: فإن لَحِقَ المُضَارِبُ بدار الحرب بعد رِدَّتِهِ، فباع واشترىٰ هناك ثم رجع مسلمًا، فله جميع ما اشترىٰ وباع في دار الحرب [ذلك كله له]، ولا ضمان عليه في شيء من ذلك؛ لأنه لما لحق بدار الحرب بطلت الأمانة؛ لأن دار الحرب ليست بدار ائتمان، ولا يثبت أمر رب المال فيها مع الاختلاف، فصار متعديًا بالتصرف، والمرتد إذا تَعَدَّىٰ في دار الحرب في مال المسلمين لم يضمن بالتعدي، ويكون ما غلب عليه له، كذلك هذا.

قال: وارتداد المرأة وغير ارتدادها سواء في قولهم جميعًا، كان المال لها، وكانت هي العاملة به مضاربة، والمضاربة صحيحة علىٰ حالها حتىٰ تموت أو تلحق بدار الحرب ويحكم بلحاقها؛ وذلك لأن ردة المرأة لا تؤثر في أملاكها، فلا تؤثر في تصرفها، فأمّا إذا ماتت بطلت المضاربة بموتها كما لو ماتت قبل

---

(١) انظر: الأصل ٤/٢٦٧.

الرِّدّة، وكذلك إذا حكم بلحاقها؛ لأنه يجري مجرىٰ الموت[1].

قال: وإذا دخل الحربي دار الإسلام بأمان فدفع [الحربي] إلىٰ المسلم مالاً مضاربة، أو دفع إليه مسلم مالاً مضاربة فهو جائز؛ لأن المستأمن في دارنا كالذِّمِّيِّ، ومعاملة المسلم مع الذمي مضاربة جائزة، فإن كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب بأمان، فعمل بالمال فهو جائز؛ وذلك لأنه دخل إلىٰ دار الحرب وهي دار رب المال، ولم يوجد بينهما اختلاف، فكأنهما في دار واحدة.

فإن كان المضارب هو الحربي، فرجع إلىٰ دار الحرب بإذن رب المال، فعمل بالمال فذلك جائز، ويكون علىٰ المضاربة، ويكون الربح علىٰ ما شرطا إن رجع إلىٰ دار الإسلام مسلمًا أو معاهدًا أو بأمان استحسانًا[2].

وجه القياس: أنه لما عاد إلىٰ دار الحرب بطل أمانه، وعاد إلىٰ حكم [دار] الحرب، فبطل [أمر رب المال مع اختلاف الدارين، فإذا تصرف فقد تعدىٰ بالتصرف، فملك] ما تصرف فيه.

ووجه الاستحسان: أنه لما خرج بأمر رب المال، صار كأن رب المال معه، ولو دخل رب المال معه إلىٰ دار الحرب لم تبطل المضاربة، كذلك إذا دخل بأمره، وليس هذا كما لو دخل بغير أمره؛ لأنه لما لم يأذن له في الدخول انقطع حكم رب المال عنه، فصار تصرفه لنفسه.

وقد قالوا في المسلم إذا دخل دار الحرب بأمان، فدفع إليه حربي مالاً

---

(١) انظر: الأصل ٤/٢٦٧، ٢٦٨.

(٢) انظر: المصدر السابق ٤/٢٧١.




مضاربة، فربح مائة درهم، فإن هذا في قياس قول أبي حنيفة ومحمد جائز.

وإن اشترىٰ المضارب علىٰ هذا فربح أو وضع، فالوضيعة علىٰ رب المال، والربح علىٰ ما اشترطا، ويستوفي المضارب مائة درهم، والباقي لرب المال.

وإن لم يكن في المال من الربح إلا مائة، فهي كلها للمضارب، وإن كان أقلّ من مائة فذلك للمضارب أيضًا، ولا شيء للمضارب علىٰ رب المال؛ لأن رب المال لم يشترط المائة [درهم] إلا من الربح [٣٥٨/أ].

فأما في قول أبي يوسف: فالمضاربة فاسدة، وللمضارب أجر مثله، وهذا فرع علىٰ اختلافهم في جواز الربا في دار الحرب، وأن المسلم يجوز أن يتوصل إلىٰ أخذ مالهم بكل سبب يحصل معه الرضا، حتىٰ لا يكون خفرًا للأمان[1].



---

(١) انظر: المصدر السابق نفسه.

بَابُ
الرجل يدفع مالاً إلى رجل بعضه مضاربة
وبعضه غير مضاربة وذلك مشاع في المال



قال أبو الحسن: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم، فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة بالنصف، فذلك جائز، فإن ضاع المال في يد المضارب قبل أن يعمل فهو ضامن لنصف المال، وإن لم يضع واشترى [به] وعمل فنصفه مضاربة، ووضيعته على رب المال، وربحه على ما شرطا، والنصف الآخر كله للمضارب، له ربحه وعليه وضيعته[١].

والوجه في هذا: أنه لو أقرضه كل المال جاز، ولو أعطاه جميعه مضاربة جاز، فإذا جعل بعضه مضاربة وبعضه قرضًا جاز؛ ولأنه عقد معاوضة مال بمال، فلم يؤثر فيه الإشاعة كالبيع، ولا يلزم هبة[٢] المشاع بعوض؛ لأن عقدها تبرع وليس بمعاوضة، ولا يلزم الإجارة؛ لأنها ليست بتمليك مال بمال.

وأما المضاربة فإنما جازت مع الإشاعة؛ لأن المضارب يتمكن من التصرف إذا ملك بقية المال، كما يملك التصرف إذا كان الجميع مضاربة، وجواز المضاربة موقوف على إمكان التصرف في المال؛ ولأن الشركة مع المضارب لا تمنع من المضاربة، بدلالة أنه إذا ربح صار شريكًا في المال، وجاز تصرفه بعد ذلك على المضاربة، فكذلك يجوز ابتداء تصرفه مع الشركة، [وإذا ثبت][٣]

---

(١) انظر: الأصل ٤/٢٧٧.

(٢) في أ (الهبة) فقط.

(٣) في ب (وإلا أثبت) والمثبت من أ.

جواز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب ؛ لأنه ربح ملكه ، والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما شرطا ؛ لأنه ربح مستفاد بمال المضاربة .

قال: ولا يجوز قسمة أحدهما دون الآخر ؛ وذلك لأنه مال مشترك ، فلا يملك أحد الشريكين قسمته بنفسه.

قال: ولو كان قال له: خذ هذه الألف على أن نصفها عليك قرض ، وعلى أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح لي ، فإن هذا مكروه ، فإن عمل على هذا فربح أو وضع فالربح بينهما نصفان .

أما وجه الكراهة: فلأنه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض ، ويكره أن ينتفع المُقْرِضُ بسبب القَرْضِ ، وإنما كان الربح بينهما ؛ لأن المضارب ملك نصف المال بالقرض ، والنصف الآخر بضاعة في يده ، فربحه لصاحبه ، وأما الوضيعة فهي جُزْءٌ هالك من المال ، وهو مشترك ، فالوضيعة على قدره.

ولو قال: خذ هذه الألف نصفها مضاربة بالنصف ، ونصفها هبة ، وقبضها المضارب على ذلك غير مقسومة ، فالهبة فاسدة ، فإن هلك المال في يد المضارب قبل أن يعمل أو بعدما عمل ، فهو ضامن لنصف المال ، وهي الهبة ، فإن عمل في المال فربح ، كان نصف الربح للمضارب حصة الهبة ، ونصف الربح بينهما على ما اشترطا ، والوضيعة عليهما[١] .

وإنما فسدت الهبة ؛ لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة ، فإذا قبضها ملكها بعقد فاسد ، فكان ربحها له ، وإن هلكت ضمنها ؛ لأن الهبة الفاسدة قبضها

(١) انظر: الأصل ٤/٢٧٨.

[الموهوب له لنفسه على حكم عقد فاسد][1]، وكانت مضمونة عليه كالبيع الفاسد.

قال: ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربة، فقبضه المضارب على ذلك فهو جائز، والمال على ما سَمَّيا من المضاربة والبضاعة، والوضيعة على رب المال، ونصف الربح لرب المال، ونصفه على ما شرطا؛ لأنه لو دفع جميع المال بضاعة جاز، ولو دفعه مضاربة جاز، فإذا جمع بينهما جاز، والوضيعة على رب المال؛ لأن المبضع لا ضمان عليه في البضاعة ولا في المضاربة، وحصة البضاعة من الربح لرب المال خاصة، وحصة المضاربة بينهما على ما شرطا[2].

ولو كان دفع إليه على نصفها وديعة في يد [٣٥٨/ب] المضارب، ونصفها مضاربة بالنصف، فذلك جائز، والمال في يد المضارب على ما سميا؛ وذلك لأن الوديعة والمضاربة كل واحد منهما أمانة، فلا ينفي أحدهما الآخر، إلا أن التصرف لا يجوز إلا بعد القسمة؛ لأن كل جزءٍ من المال بعضه وديعة وبعضه مضاربة، والتصرف في الوديعة لا يجوز.

فإن قسم المضارب المال نصفين، ثم عمل بأحد النصفين على المضاربة، فربح أو وضع، فالوضيعة عليه وعلى رب المال نصفان: ونصف الربح للمضارب، ونصفه على ما شرطا؛ وذلك لأن [قسمة][3] المضارب في المال لا تَصِحّ؛ لأن المالك لم يأذن فيها، فإذا أفرد بعضه فقد تصرف في مال الوديعة ومال المضاربة، فما كان من حصة [الوديعة، فهو غصب، وربحه للغاصب، وما

---

(١) في ب (بحكم فاسد) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤/٢٧٨، ٢٧٩.

(٣) في ب (قسمتها) والمثبت من أ.

كان من حصة المضارب فهو على الشرط[1].

ومن] هذا النوع إذا دفع إليه متاعًا فباع نصفه من المدفوع إليه بخمسمائة [درهم]، ثم أمره أن يبيع النصف الباقي ويعمل بالثمن كله مضاربة على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان، فباع المضارب نصف المتاع بخمسمائة، ثم عمل بها وبالخمسمائة التي عليه، فربح في ذلك أو وضع، فالوضيعة عليهما نصفان، والربح بينهما نصفان؛ لأن من أصل أبي حنيفة: أن من كان له على أحد دين، فأمره أن يشتري بذلك الدين شيئًا [أو يبيع ففعل]، فالشراء لنفسه ولا يكون للآمر، ويكون الدين على حاله.

وفي مسألتنا: صاحب المال أمره أن يعمل بالدين وبنصف [ثمن] المتاع، فما ربح في نصيب[2] الدافع هو للدافع، وما ربح في حصة الدين فهو للمدفوع إليه؛ لأنه تصرف في مال نفسه، والوضيعة عليهما؛ لأن المال مشترك بينهما، فالهالك بينهما.

وأما في قياس قول أبي يوسف ومحمد: فمقدار ما ربح في الخمسمائة التي أمره أن يبيع نصف المتاع بها، فهو بينهما نصفان على ما شرطا، وما ربح في [النصف] الذي عليه من الدين يكون الربح لرب المال؛ لأنّ من أصلهما: أنه إذا أمره أن يشتري بالدين الذي عليه، ويعمل به مضاربة، جاز أمره بالشراء، وتكون المضاربة فاسدة؛ لأنها تقع بالعروض؛ فكذلك هاهنا صارت [المضاربة] جائزة في النصف، فاسدة في النصف.

---

(١) انظر: الأصل ٤/٢٧٩.

(٢) في أ (نصف).

ولو كانت المسألة بحالها وقد اشترط الدافع لنفسه الثلث وللمضارب الثلثين ؛ فإن في قول أبي حنيفة: ثلثا الربح للمضارب على ما شرطا ، نصف الربح من نصيب المضارب ، وسدسه من نصيب الدافع ، فكأنه قال: اعمل في نصيبك على أن الربح لك ، و[اعمل] في نصيبي على أن ثلثي الربح لي ، وثلثه لك.

وأما في قياس قول أبي يوسف ومحمد: فقد دفع إليه نصفه مضاربة جائزة ، ونصفه مضاربة فاسدة ، فما ربح في النصف الذي كان دينًا فهو لرب المال ؛ لأنه مضاربة فاسدة ، وما ربح في النصف الذي [كان دينًا] هو ثمن المتاع ، فالربح بينهما على ما شرطا ، فصار لرب المال ثلثا الربح ، وللمضارب الثلث.

ولو كان شرط لرب المال ثلثي الربح وللمضارب الثلث ، فالربح بينهما نصفان في قول أبي حنيفة ؛ لأن رب المال شرط النصف من نصيب نفسه ، والزيادة من نصيب المضارب ، وشرط الزيادة من نصيب المضارب باطل ، فيكون الربح على قدر المال.

وفي قياس قول أبي يوسف ومحمد: نصف الربح لرب[1] المال خاصة ؛ لأن المضاربة فيه فاسدة ، وللمضارب ثلث ربح النصف الآخر[2].

٢٣٤٣ ـ فَصْل: [الشركة مع جهالة قدر الربح]

ومما يلحق بهذا الكتاب من المسائل المشهورة التي لم يذكرها أبو الحسن:

قال أصحابنا: إذا دفع [الرجل إلى الرجل] ألف درهم على أنهما شريكان

---

(١) في أ (على قدر المال).

(٢) انظر: الأصل ٤/٢٧٧.




في الربح، ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك؛ والربح بينهما نصفان؛ لأن الشركة تقتضي التساوي، قال الله تعالىٰ: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢].

ولو قال: علىٰ أن للمضارب شركًا في الربح، جاز في قول أبي يوسف، والربح بينهما نصفان.

وقال محمد: المضاربة فاسدة.

لأبي يوسف: أن الشرك اسم مشتق من الشركة، وقد اتفقوا أنه لو [ذكر بلفظ الشركة][١] اقتضت المساواة، فكذلك [إذا ذكر بلفظ الشرك].

لمحمد: أن الشرك عبارة عن النصيب، قال الله تعالىٰ [٣٥٩/ أ]: ﴿أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ﴾ [فاطر: ٤٠]، فكأنه حصل له نصيبٌ من الربح.

٢٣٤٤ - فَصْل: [مضاربة المريض]

قال أصحابنا: إذا دفع المريض مضاربة علىٰ أن للمضارب نصف الربح أو أكثر من ذلك جاز؛ لأن الربح كسب للمضارب، فلا يحصل فيه مغابنة في مال المريض؛ ولأنه لو أقرضه المال كان له جميع الربح، أو أكثر من ذلك جاز؛ لأن الربح كسب للمضارب فلا يحصل فيه مغابنة في مال المريض، ولأنه لو أقرضه المال كان له جميع الربح، فإذا جعل لنفسه بعضه أولىٰ[٢].

٢٣٤٥ - فَصْل: [ظهور العيب في مال المضاربة]

قال: ولو اشترىٰ المضارب عبدًا معيبًا قد علم ربُّ المال بعيبه ولم يعلم به

(١) في ب (تلفظ بالشركة) والمثبت من أ.
(٢) انظر: الأصل ٢٨١/٤.

المضارب، فللمضارب ردّه؛ لأن حقوق العقد تتعلق به دون رب المال، فعلم رب المال لا يعتبر، ولو كان المضارب علم بالعيب ولم يعلم رب المال به لم يكن للمضارب رده؛ لأن الشراء مع العلم بالعيب رضًا بالعيب؛ فكأنه أفصح بذلك.

قال: ولو اشترىٰ عبدًا معيبًا فقال رب المال بعد الشراء: قد رضيت بالعيب، بطل الرد؛ لأن الملك لرب المال، فإذا رضي فقد أبطل حق نفسه.

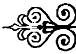
ولو أن رَبَّ المال دفع إليه ألف درهم مضاربة علىٰ أن يشتري عبدَ فلان بعينه ثم يبيعه، فاشتراه المضارب ولم يره، فليس له أن يرده بخيار الرؤية، ولا بخيار العيب؛ لأن أمره بالشراء بعد العلم [به] رضًا منه بذلك العيب، فكأنه قال بعد الشراء: قد رضيت، وليس كذلك إذا أمره بشراء عبد [غير معيّن][1]؛ لأنه لا يعلم أنه يشتري العبد المعيب حتىٰ يكون علمه رضي به.

٢٣٤٦ـ فَصْل: [بيع ربّ المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أقلّ]

قال أصحابنا: إذا باع رَبُّ المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أكثر، جاز بيعه، وإن باع بأقل من قيمته بما يتغابن [الناس] فيه أو ما لا يتغابن، لم يجز بيعه، إلا أن يجيز[ه المضارب]؛ لأن بيع رب المال إعانة للمضارب، وليس من الإعانة إدخال النقص عليه.

وأما إذا باع بالقيمة أو أكثر فالبيع علىٰ وجه الإعانة، وهو مأذون في إعانته من طريق الدلالة، وإن لم يكن مأذونًا من طريق الإفصاح.

(١) في ب (غير) والمثبت من أ.

وعلىٰ هذا: لو كان المضارب اثنين فباع أحدهما بإذن رب المال لم يجز إلا بمثل القيمة أو أكثر، إلا أن يجيزه [المضارب] الآخر؛ لأن بيعه بإذن رب المال كبيع رب المال، ولا يقال: إن المضارب الآخر لو أجاز البيع بالنقصان القليل جاز، وهو إنما استفاد التصرف من جهة رب المال؛ وذلك لأن الوصي استفاد الإذن من جهة الميت، ولو باع [الوصيّ] بنقصان قليل جاز، ولو باع الميت في مرضه بنقصان قليل وعليه دين لم يجز، [كذلك هذا](١)(٢).

٢٣٤٧ ـ فَصْل: [امتناع المضارب من بيع مال المضاربة]

قال: ولو اشترىٰ المضارب متاعًا بمال المضاربة وفيه فضل أو لا فضل فيه، فأبىٰ المضارب أن يبيعه وأراد أن يمسكه حتىٰ يجد ربحه، وأراد رب المال بيعه، فإن المضارب يجبر علىٰ بيعه إلا أن يشاء أن يدفعه إلىٰ رب المال؛ لأن لرب المال ملكًا، وللمضارب حقًا، فإذا [كان] رب المال لو امتنع من البيع لم يكن له ذلك، وهو صاحب الملك، فالمضارب الذي ليس له ملك أولىٰ [أن لا يجوز منعه من البيع]، ولكن يقال له: إن أردت [المنع](٣) فرد عليه ماله، وإن [كان] فيه ربح، قيل له: ادفع إليه رأس ماله وحصته من الربح، ويسلم لك المتاع.

٢٣٤٨ ـ فَصْل: [عمل الأب في مضاربة ابنه]

قال: وإذا أخذ الرجل لابنه مالاً مضاربة فهو علىٰ وجهين:

إن كان الابن لا يعقل البيع فأخذ الأب المال ليعمل لأجل ابنه، فالمضاربة

---

(١) في ب (لذلك) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤/٢٠٩.

(٣) في ب (المبيع) والمثبت من أ.

للأب ولا شيء للابن من الربح فيه ؛ لأن الربح في المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل ، وليس للابن واحد منهما.

وإن الابن يقدر على العمل ، فالمضاربة للابن [والربح له] ، فإن عمل الأب بأمر الابن فهو متطوع ، وإن عمل بغير إذنه صار بمنزلة الغاصب ؛ لأنه ليس له أن يعمل فيه بغير أمره فصار كالأجنبي.

٢٣٤٩ـ فَصْل: [حقوق المضارب ورب المال في مال المضاربة]

وقالوا في المضارب إذا اشترى جارية فليس لرب المال وطؤها سواء كان فيه ربح أو لم يكن ؛ لأنه إذا كان فيه ربح فهي مشتركة ، ووطء الجارية المشتركة لا يجوز ، وإن لم يكن فيه ربح فللمضارب حق يشبه الملك ، ألا ترى [٣٥٩/ ب] أن رب المال لو مات كان للمضارب أن يبيعها ، فصارت كالجارية المشتركة.

٢٣٥٠ـ فَصْل: [انتقاض المضاربة بتصرف المضارب]

قال: وإذا اشترى المضارب جارية ثم اشتراها من رب المال لنفسه جاز ذلك ، وخرجت من المضاربة ؛ لأن الثمن صار دينًا عليه ، والمضاربة أمانة ، فإذا زالت الأمانة وصار المال مضمونًا انتقضت المضاربة ، ولو أن المضارب باعها من رب المال ، فالمضاربة على حالها ؛ لأن المال صار دينًا على رب المال ؛ [لأن] رب المال مخيّر بين دفعه وتركه ، وذلك [لا يبطل] المضاربة كما قبل الشراء أنه مخير: إن شاء ترك المال في يد المضارب ، وإن شاء لم يترك(١).



(١) انظر: الأصل ٤/١٤٦.




٢٣٥١ ـ فَصْل: [إقرار المريض بمال المضاربة]

وإذا مات المضارب وعليه ديون، ومال المضاربة في يده معروف، فربُّ المال أحق برأس ماله وحصته من الربح، لقوله ﷺ: «**من وجد عين ماله فهو أحق به**»[1].

[قال]: فإن قال المريض: هذا المال مضاربة في يدي، ولا يعرف ذلك إلا بقوله فهو على ثلاثة أوجه: إما أن يكون لا دَيْن عليه، أو عليه دَين في الصحة، أو دَين في المرض.

فإن كان لا دين عليه جاز إقراره؛ لأنه أقرَّ على نفسه بما لا تهمة فيه، وإن كان عليه دين في الصحة لم يصدق، والغريم أحق بالمال؛ لأنه لما مرض وجب للغريم حق الاستيفاء من ماله، فلا يصدق على إبطاله، وإن كان عليه دين في المرض فإنه ينظر: إن كان بدأ المضاربة ثم بالدين فصاحب المضاربة أولى؛ لأن رب المال ملك عين المال بإقراره، فلا يجوز إقراره بعد ذلك في ملك غيره، فإن أَقَرَّ بالدين ثم بالمضاربة تحاصّا؛ لأنه أقر بما[2] تعلق به حق الغرماء، فلم ينفذ إقراره في عينه، فصار مقرًا بدين آخر.

وإذا أقر المضارب في مرضه أنه ربح ألفًا ولم يوجد ذلك، فلا ضمان عليه في الربح؛ لأنه لا يعلم وصوله إلى يده، ولو أقرّ أنه ربح وأن الربح قد وصل إليه

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٣١)؛ وأحمد في المسند، ٢/٢٢٨؛ والدارقطني، ٣/٢٨؛ والبيهقي في معرفة السنن، ٤/٤٧٩؛ والحديث أصله في الصحيحين من حديث أبي هريرة مرفوعًا، بلفظ: (من وجد عين ماله عند رجل أفلس، فهو أحق به ممن سواه)، كما قال ابن الجوزي في التحقيق في أحاديث الخلاف. ٢/٢٠٠.

(٢) في أ (أقر بمال لم يتعلق).




ثم مات، فلرب المال أن يأخذه من تركته؛ لأنه أقرّ بحصوله في يده، وقد ضيّع الحفظ فيه حين لم يُبَيِّنْهُ بِعَيْنِه.

٢٣٥٢ ـ فَصْل: [شفعة رب المال في دار المضاربة]

وقالوا في المضارب إذا اشترىٰ دارًا بألف ورب المال شفيعها بدار له أخرىٰ، فله أن يأخذها بالشفعة؛ لأن شراء المضارب إن اعتبر بشراء الأجنبي [فإن لرب المال][١] الشفعة، وإن اعتبر بشراء رب المال فله فيما يشتريه بنفسه الشفعة[٢].

ولو أن المضارب باع دارًا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له، سواء كان في الدار ربح أو لم يكن، أما حصة رب المال فلأن المضارب باعها بأمره، فصار كوكيله في البيع، وأما حصة الربح، فلأنا لو أوجبنا فيه الشفعة تفرقت الصفقة علىٰ المشتري، ولأن الربح تابع لرأس المال، فإذا لم تجب الشفعة في المتبوع لم تجب في التبع.

ولو باع رب المال دارًا لنفسه والمضارب شفيعها بدار أخرىٰ من المضاربة، فإن كان في يده من مال المضاربة وفاء بثمن الدار لم تجب الشفعة؛ [لأن الشفعة وجبت للمضاربة، والمضاربة لرب المال، وربّ المال هو البائع، فلا تجب الشفعة فيما] باعه، وإن لم يكن في يده وفاء فهو علىٰ وجهين: إن لم يكن في الدار ربح فلا شفعة؛ لأنه يأخذها لرب المال، وإن كان فيه ربح فللمضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة؛ لأن له في الدار شركة[٣] فجاز أن يأخذها لنفسه.

(١) في ب (فلرب) والمثبت من أ.
(٢) انظر: الأصل ٢٨٦/٤.
(٣) في أ (نصيبًا).

ولو أن أجنبيًا اشترىٰ داراً إلىٰ جانب دار المضاربة، فإن كان في يد المضارب وفاء بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة، فإن سلم الشفعة بطلت، وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه؛ لأن الشفعة وجبت للمضاربة، والتصرف في المضاربة يملكه المضارب، فإذا سلم جاز تسليمه علىٰ نفسه وعلىٰ رب المال، وإن لم يكن في يده وفاء، فإن كان في الدار ربح فالشفعة وجبت للمضارب ولرب المال جميعًا، فإن سلم أحدهما فللآخر أن يأخذها جميعها لنفسه بالشفعة، كدار بين شريكين وجبت الشفعة [٣٦٠/ أ] لهما، وإن لم يكن في [الدار][(١)] ربح فالشفعة لرب المال خاصة؛ لأنه لا نصيب للمضارب فيها[(٢)].

٢٣٥٣ - فَصل: [دفع المستأجر إلىٰ الأجير دراهم مضاربة]

قال أبو يوسف: إذا استأجر الرجل أجيرًا كل شهر بعشرة دراهم ليشتري له ويبيع، ثم دفع المستأجر إلىٰ الأجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة، والربح كله للدافع، ولا شيء للأجير[(٣)] سوىٰ الأجرة.

وقال محمد: المضاربة جائزة، ولا شيء للأجير[(٤)] في الوقت الذي يكون مشغولاً بعمل المضاربة فيه.

لأبي يوسف: أنه لما استأجره فقد ملك عمله، وصار كالمملوك له، فإذا دفع مضاربة وشرط للمضارب ربحًا [للعمل الذي][(٥)] ملكه رب المال، [لم يجز

---

(١) في ب (المال) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٤/٢٨٦، ٢٨٩.

(٣) في أ (للأجنبي).

(٤) في أ (للأجنبي).

(٥) في ب (بعمل قد) والمثبت من أ.

أن يستوجب المضارب لنفسه ربحًا لعمل قد ملكه رب المال] ؛ ولأن المضارب يعمل لنفسه ، فلا يجوز أن يستوجب الربح والأجر ، ولا يجوز أن يفسخ الإجارة بالمضاربة ، لأن الإجارة أقوىٰ [من المضاربة] ، ألا ترىٰ أنها لازمة والمضاربة غير لازمة ، فلا ينتقض الشيء بما هو أضعف منه .

لمحمد: أنه لما دفع إليه المضاربة فقد اتفقا علىٰ ترك الإجارة ونقضها[1] ، فما دام يعمل بالمضاربة فلا أجرة له ؛ ولأن المضاربة شركة ، ولذلك لا تقتصر إلىٰ التوقيت ، ولو شاركه بعدما استأجره جازت الشركة وكذلك المضاربة .

والجواب: أن الشريك يستحق الربح بالمال ، والمضارِب بالعمل ، ورب المال قد ملك العمل ، فلا يجوز أن يستحق المضارب به الربح ؛ لأن الشريك يعمل لنفسه ، فكأنه امتنع من عمل الإجارة ، فيسقط عنه الأجر بحصته ، والمضارب يعمل لرب المال فبقي عمله به علىٰ الإجارة .

٢٣٥٤ ـ فَصْل: [المضاربة بالخيار بين عملين مختلفين]

قال ابن سماعة: سمعت محمدًا قال في رجل دفع إلىٰ رجل مالاً مضاربة فقال: إن اشتريت به الحنطة فلك من الربح النصف ولي النصف ، وإن اشتريتَ به الدقيقَ فلك الثلث ولي الثلثان ، قال: هذا جائز ، وله أن يشتري أيّ ذلك [شاء] علىٰ ما سمىٰ له رب المال ؛ لأنه خيره بين عملين مختلفين ، فصار[2] كالمخير بين الخياطة الرومية والفارسية .

وقال أبو غسان عن محمد: في رجل دفع إلىٰ رجل [مالاً] مضاربة علىٰ أنه

---

(١) في أ (ورفضها) .
(٢) العبارة مكررة في ب .




إن عمل به في البلد فله ثلث الربح، وإن سافر به فله نصف الربح [ما حاله][1] إن اشترىٰ متاعًا وهو مقيم فباعه في السفر؟ أو اشترىٰ في السفر فباعه في كوره وهو مقيم؟ أرأيت إن كان يعمل بالمال سنة وهو مقيم، فربح، ثم عمل به مسافرًا سنة فربح؟.

قال: إنما المضاربة في هذا على الشراء [فيه]، فإذا اشترىٰ في المصر فما ربح في ذلك المتاع، فهو علىٰ ما شرط في المصر إن باعه في المصر أو غيره؛ وذلك لأن الربح يستحقه المضارب بالعمل، والعمل يحصل بالشراء، فإذا اشترىٰ في المصر تعين أحد العملين، فلا يتغير ربحه بالسفر، وأمّا إذا عمل ببعض المال في السفر ثم عمل في الحضر، فلكل واحد من المالين ربحه علىٰ ما شرطا.

[تم كتاب المضاربة ولله الحمد والمنة

والصلاة والسلام علىٰ نبيه المصطفىٰ، وأهل بيته الذين ارتضىٰ]



(١) في ب (مباحًا له) والمثبت من أ.

[٥٥] كتاب الصّرف

قال الشيخ رحمه الله تعالى: الصرف[١] اسم للعقد الواقع على جنس الأثمان، وهو من جملة البيع، لكنه اختص بأحكام لا تعتبر في البيع، واختص باسم.

والدليل على جوازه: قوله عليه الصلاة السلام: «**الذهب بالذهب مثلاً بمثل، والفضة بالفضة مثلاً بمثل**»[٢]، وفي حديث ابن عمر أنه سأل النبي ﷺ فقال: «**إنا نبيع الإبل بالبقيع، فنأخذ مكان الدراهم الدنانير، ومكان الدنانير الدراهم**»، فقال: «**لا بأس إذا افترقتما وليس بينكما لبس**»[٣]؛ ولأنه فعل الأمة من غير خلاف.

---

(١) الصَّرْف لغة: الفضل والنقل، وفي اصطلاح الفقهاء على: «بيع النقد بالنقد»؛ وفي المطرزي: «... وإنما سمي بيع الأثمان صرفًا؛ إما لأن الغالب على عاقده طلب الفضل والزيادة، أو لاختصاص هذا العقد بنقل كلا البدلين من يد إلى يد في مجلس العقد». المغرب؛ أنيس الفقهاء، (صرف).

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٦٧، ٢٠٦٨)؛ ومسلم (١٥٨٤).

(٣) في أ بلفظ (إذا افترقتم وليس بينكم شيء).
والحديث أخرجه أصحاب السنن وغيرهم كما قال الحافظ: «أحمد وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم من طريق سماك بن حرب، عن سعيد بن جبير، عنه، ولفظ أبي داود: (لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء). وهكذا باختلاف عند الآخرين، وقال: «الترمذي والبيهقي لم يرفعه غير سماك»». التلخيص الحبير ٢٥/٣.
وقال ابن الملقن: «وقال الترمذي والبيهقي تفرد برفعه سماك، وأكثر الرواة وقفوه على ابن عمر، قلت [ابن الملقن]: هو من باب تعارض الوصل والوقف، والأصحّ تقديم الوصل». خلاصة البدر المنير ٧١/٢.

والأحكام التي يختص بها عقد الصرف من بين سائر العقود: وجوب التقابض في بدليه في المجلس، وأن يتفرقا وليس لواحد منهما خيار شرط، وأن لا يكون فيه أجل(١) [٣٦٠/ ب].

والدليل على وجوب التقابض في المجلس: قوله ﷺ: «**الفضة بالفضة مثلاً بمثل يداً بيد**»(٢)، وقال: «**إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم(٣) يداً بيد، ولا خير فيه نسيئة**»، وقال في حديث ابن عمر: «**لا بأس إذا افترقتم وليس بينكم لبس**»(٤)، وعن ابن عمر أنه قال في الصرف: وإن استنظرك إلى وراء هذه السارية فلا تنظره.

وأما التأجيل، فلا يجوز في بدل الصرف لما ذكرنا من الأخبار، ولأن التقابض شرط، والأجل [شرط تأخير](٥) القبض.

وأما شرط الخيار فيبطل الصرف؛ لأنه يمنع من وقوع الملك بفعل العاقد، [وعدم القبض يمنع](٦) من صحة العقد، فما شرط لنفي الملك، أولى [أن يمنع].

قال أبو الحسن بإسناد ذكره، قال: جمع المنزل بين عبادة بن الصامت ومعاوية إما في بِيعةٍ، أو قال في كنيسة، وقال عبادة: سمعت رسول الله ﷺ

(١) انظر: الأصل ٢/٥٨٠ وما بعدها.
(٢) أخرجه مسلم (١٥٨٤، ١٥٨٨).
(٣) قال الزيلعي: «غريب بهذا اللفظ، وروى الجماعة إلا البخاري من حديث عبادة... وإذا اختلف الأصناف...» نصب الراية ٤/٤؛ وقال نحوه ابن حجر في الدراية، ٢/١٤٧.
(٤) في أ بلفظ (شيء).
(٥) في ب (تأخير) والمثبت من أ.
(٦) في ب (وقد عدم القبض إذا منع).

يقول: «**الذهب بالذهب، والورق بالورق، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر**»، وقال أحدهما: «**الملح بالملح**»، ولم يقل الآخر: «**سواء بسواء عينًا بعين**»، وقال: «**فمن زاد وازداد فقد أربى**»[1]، ولم يقلد الآخر.

وأمرنا أن نبيع الذهبَ بالوَرِقِ، والورِقَ بالذهب، والبُرَّ بالشَّعِير، والشعير بالبر، يدًا بيد، كيف شئنا.

وسئل محمد بن سيرين: عن الحديد بالحديد؟ فقال: (الله أعلم، قد كان الرجل يبيع الدرع بالأدرع)[2].

وهذا الخبر قد تكلمنا عليه في كتاب البيوع، وذكرنا أنه وإن كان خبر واحد فهو في حيز أخبار الاستفاضة؛ لأن الأمة عملت بموجبه لأجله، فعلم أنه صحيح في الأصل بالإجماع.

وذكر أنه لا خلاف في ثبوت الربا في الأشياء الستة المذكورة في الخبر إلا ما روي عن ابن عباس قال: (لا ربا إلا في النسيئة)[3]، وقد تكلمنا عليه وبيّنا أن الصحابة لم يسوّغوا له الاجتهاد، فقال عليّ: (إنك رجل تائه)[4] ومشى إليه أبو سعيد الخدري، فقال له: أَصَحِبْتَ رسول الله ﷺ ما لم نصحب؟ فقال: لا، قال: أَفَسَمِعْتَ ما لم نسمع؟ قال: لا، قال: فو الله لا آواني وإياك ظل بيت أبدًا وأنت على هذا القول، فقال ابن عباس: لا أفتي به بعد هذا أبدًا.

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٨٧)؛ والنسائي في الكبرى بهذا اللفظ (٦١٥٢)؛ وغيرهما من أصحاب السنن.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٥/٢٨٧؛ ومعرفة السنن والآثار، ٤/٣٠١.

(٣) أخرجه أحمد في المسند، ٥/٢٠٩؛ والطبراني في الأوسط، ٥/٣٢٠.

(٤) إنما قال له عليّ ذلك في موضع (المتعة) كما ذكر ابن بشكوال في غوامض الأسماء المبهمة، ٢/٨١٥.

وقال الشعبي: حدثني بضعة عشر من أصحاب ابن عباس الخبر، فالخبر منهم: أن ابن عباس لم يمت حتىٰ رجع عن قوله في الصرف.

وقال جابر بن زيد: نزل ابن عباس عن قوله في الصرف والمتعة، وإن لم يحك الخلاف إلا عنه ورجع عن قوله، سقط الخلاف.

فأما قوله [في الخبر]: «**وأمرنا النبي ﷺ أن نبيع الذهب بالوَرِق، والوَرِق بالذهب**»[1]، فقد دل علىٰ جواز التفاضل بين الجنسين، وقوله: «**إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم**»، وقوله: «**البُرَّ بالشعير**»[2] قد دل علىٰ أن البر والشعير جنسان، خلاف ما قاله مالك.

وأما قول ابن سيرين: قد كان الرجل يبيع الدرع بالأدرع، فلا يدل علىٰ أن الربا لا يدخل في الحديد؛ لأن الدرع لا يوزن، والحديد يثبت فيه الربا إذا بيع وزنًا، وذكر حديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «**لا تبيعوا الذهب بالذهب، إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها علىٰ بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثلٍ، ولا تشفوا بعضها علىٰ بعض، ولا تبيعوا منها غائبًا بناجز**»[3]، وهذا يدل علىٰ اعتبار المماثلة؛ لأنه منع من الشفوف الذي هو الزيادة، والمراد بذلك الزيادة المتحققة، فأما الرجحان الذي لا يتحقق أنه زيادة فلا يمنع من صحة العقد؛ لأنه لا يمكن الاحتراز منه.

---

(١) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٦١٥٢)؛ وفي المجتبىٰ (٤٥٦٠)؛ الرواية في البخاري بلفظ آخر (٢٠٦٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٤٩)؛ والترمذي (١٢٤٠)؛ ابن ماجه (٢٢٥٤)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٥/٢٨٣.

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٦٨)؛ ومسلم (١٥٨٤).

وقوله: «**لا تبيعوا غائبًا بناجز**» يدل على اعتبار التقابض في الحال؛ لأن الغائب لا يمكن قبضه، وذكر حديث عمر بن الخطاب قال: قال رسول الله ﷺ [٣٦١/أ]: «**الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبُرُّ بالبر ربًا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربًا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء**»[١]، وهذا يدل [على] وجوب التقابض، وأن النَّساء في الأثمان ربًا؛ لأن الربا اسم شرعي؛ لأنه في اللغة اسم للزيادة، والنَّساء لا زيادة فيه، فدل على أن الاسم نقل من اللغة إلى الشرع.

وذكر عن مالك بن أوس بن الحَدَثَان أنه أخبره أنه التمس صرفًا بمائة دينار، قال: فرآني طلحة بن عبيد الله وأخذ الذهب يقلبه في يده ثم قال: حتى يأتي خازني[٢] من الغابة، وعمر يسمع، فقال عمر: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، ثم قال: قال رسول الله ﷺ: «**الذهب بالورق ربًا إلا هاءَ وهاءَ، والبر بالبر ربًا إلا هاء وهاءَ، والتمر بالتمر ربًا إلا هاء وهاء**»[٣]، وهذا يدل على وجوب التقابض قبل الافتراق، سواء كان في المجلس أو لم يكن؛ لأن عمر اعتبر المفارقة، وقد تقابضا في[٤] المجلس قبل الافتراق.

ذكر حديث ابن عمر قال: كنت أبيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب، فقال عليه السلام: «**إذا بايعت رجلاً فلا تفارقه، وبينك وبينه لَبْس**»[٥][٦] وهذا يدل على

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٨٦).

(٢) في أ (جاريتي).

(٣) أخرجه مسلم (١٥٨٦) بلفظ مختلف.

(٤) في ب (من غير المجلس).

(٥) في أ (شيء).

(٦) أخرجه النسائي في الكبرى (٦١٧٥)؛ وفي المجتبى (٤٥٨٣)؛ وابن ماجه (٢٢٦٢)؛ وأحمد في المسند، ٢/٣٣؛ وقال الهيثمي: «رواه أحمد، ورجاله رجال الصحيح». مجمع الزوائد، ٤/١١٥.

وجوب التقابض، ويدل على أن الحكم يتعلق بالافتراق لا بالمجلس.

قال أبو الحسن: والصرف اسم يختص بيع الفضة بالفضة، والذهب بالذهب، أو أحد الجنسين بصاحبه، مفردًا كان ذلك أو مجموعًا مع غيره.

قال الشيخ ﷺ: قد بيّنا أن الصرف اسم للعقد إذا وقع على جنس الأثمان، فأما قوله: أو مجموعًا مع غيره، فإنما يعني به إذا باع ذهبًا وثوبًا بفضة أو بذهب، فإن حصة الذهب صرف؛ لأنه في مقابلته [ثمنًا]، فيعتبر فيه أحكام الصرف، وحصة الثوب تبع؛ لأن العقد فيه لم يقع على ثمن [من الجنسين]، فيعتبر حكم الصرف في الذهب خاصة، فإذا قبض حصته من الفضة جاز العقد.

وإن لم يقبض حصة الثوب قال: وهو مخصوص من سائر البياعات بثلاثة معاني: لا يفترق المتصارفان إلا عن قبض منهما جميعًا، وأن لا يفترقا ولأحدهما خيار، ولا لهما، ولا يكون لهما أجل في البيع، ولا لأحدهما، وقد بيّنا هذه الجملة.

قال: ولو اختصرت فقلت: من شرطه أن يتقابضا قبل التفرق، ويفترقا وليس لأحدهما خيار له حلّ التأجيل في ذلك؛ لأن القبض يسقط الأجل.

فأما الخيار الذي ذكره أبو الحسن، فإنما يريد به خيار الشرط دون الخيار الحكمي: وهو خيار العيب، وخيار الرؤية.

قال: فإن افترقا عن غير قبض منهما، أو تقابضا ولهما أو لأحدهما خيار [أو أجل، فسد البيع، ثم لا يصح ذلك بعد افتراقهما أبدًا؛ وذلك لأنهما إذا افترقا فقد فات شرط صحة العقد: وهو التقابض، فإذا افترقا ولأحدهما

خيار][1]، فقد عدم الملك في أحد البدلين بالشرط، وذلك أكثر من عدم القبض.

فأما الأجل الذي ذكره فلا يتصور أن يتفرقا عن قبض [وهناك أجل][2]؛ لأن من له الأجل إذا قبض سقط الأجل بإقباضه وصَحَّ العقد، وإنما رجع بقوله: إذا كان لأحدهما أجل إلى أصل المسألة لا إلى التقابض.

فأما قوله: إنّ العقد لا يصح بعد ذلك أبدًا؛ فلأن المعنى المفسد لا يمكن رفعه من العقد: وهو الافتراق من غير قبض، أو من غير ملك؛ لمعنى يعود إلى الشرط، والمفسد للعقد إذا لم يمكن رفعه من العقد لم يصح العقد إلا بالاستئناف.

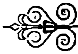
قال: فإن شرطا أو أحدهما الخيار، ثم أبطلا ذلك قبل الافتراق، أو كان الخيار لأحدهما فأبطله الذي هو له قبل افتراقهما، جاز البيع في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد في الاستحسان، والقياس أن لا يجوز العقد بعد وقوعه على فساد، وبالقياس قال زفر، وقد بيّنا هذه المسألة في البيوع.

قال: فإن كان لأحدهما أجل فيما عليه أولهما، فأبطلا ما لهما من الأجل أو أبطله صاحب الأجل وهو واحد منهما قبل التفرق، صَحَّ البيع بينهما أيضًا استحسانًا، وهذا [٣٦١/ب] قول أبي حنيفة ومحمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وروي عن أبي يوسف: أن صاحب الأجل إذا أبطل الأجل لم يجز حتى يرضى صاحبه، وفرق في هذا المعنى بينه وبين الخيار.

وجه قولهما: أن العقد فسد بمعنى ملحق: وهو التأجيل، كما فسد بمعنى

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من ب، وزيدت من أ.
(٢) في ب (وهذا) والمثبت من أ.




ملحق: وهو الخيار، فإذا صح إسقاط من له الخيار خياره وإن لم يرض الآخر كذلك يصح إذا أسقط صاحب الأجل أجله، ويعود العقد إلىٰ الإطلاق.

لأبي يوسف: أن الأجل في الأصل لا يمنع من وقوع الملك، فإذا شرط في الصرف منع من وقوع الملك، فصار كالبيع المشروط فيه الخيار لهما، لا يصح بإسقاط أحدهما، وليس كذلك الخيار؛ لأنه موضوع في الأصل لنفي الملك، [ويتم الملك بإسقاط صاحب الخيار خاصة، فكذلك إذا شرط في الصرف، فمنع من المِلك، صحَّ] العقد بإسقاطه خاصة.

وقد قال أبو يوسف: لو أن رجلاً أسلم دراهم مسماة في طَعام معلوم الصفة والكيل إلىٰ غير أجل، فالسَّلَم فاسد، فإن جعل الذي له الطعام أجلاً معلومًا شهرًا أو شهرين، لم يجز السَّلَم حتىٰ يقبل المسَلّم إليه ذلك.

فإن قَبِلَ ذلك قَبْل أن يتفرقا ورضيا بأجل مسمّىٰ، فهو جائز إذا كانت الدراهم غير مستهلكة، وهذا ظاهر علىٰ أصله؛ لأن ترك التأجيل يفسد السلم كالأجل في الصرف، فلا يصح إلا بتراضيهما، ولم يذكر في هذا الفصل خلافًا.

ويجوز أن يكون قولهم؛ لأن حكم العقد يختلف باختلاف الآجال، ألا ترىٰ أن المسَلَّم إليه يتمكن من دفع السّلم في وقت دون وقت، فلا بد من رضاه بمقدار الأجل، واعتبر بقاء الدراهم حتىٰ يكون العقد بحيث يجوز أن يبتدأ.

وقد قالوا فيمن اشترىٰ دينارًا بعشرة دراهم نسيئة ثم نقده إياها قبل أن يفترقا، فقبضُه جائز؛ لأن التعجيل إسقاط للأجل، فكأنهما أسقطاه بالقول قبل الافتراق، قاله عمرو عن محمد.




إذا اشترى دينارًا بخمسة دراهم نسيئة فنقده قبل أن يفترقا [أربعة][(١)]، فالبيع باطل في قول أبي حنيفة في الجميع، وفي قولهما: له أربعة أخماس الدينار جائز.

وهذا فرع على اختلافهم في الصفقة إذا تضمنت الصحيح والفاسد: فسد عند أبي حنيفة في الجميع، وعلى قول محمد في الفاسد خاصة.

قال: فإن تفرقا ولأحدهما خيار رؤية أو خيار عيب، أو خيار وجب حكمًا بغير شرط بكلام، فالبيع جائز؛ لأن هذا الخيار لا يمنع الملك بالعقد؛ وذلك لأن خيار العيب والرؤية يثبتان من طريق الحكم، فحكمهما أقوى من حكم خيار الشرط، ولهذا لا [يفتقر][(٢)] واحد منهما إلى التوقيت؛ فلذلك لم يفسد العقد؛ ولأن خيار الشرط يؤثر في العقد ليفيد الملك بفعل العاقد، وهذا لا يوجد في خيار العيب والرؤية.

فأمّا قوله: أو خيار وجب حكمًا، فإنما يريد بهذا: خيار الإجازة في البيع الموقوف؛ وذلك لا يمنع من جواز الصرف إذا أجيز؛ لأن المانع من الملك لم يحصل بفعل العاقد، وإنما يثبت حكمًا كخيار العيب.

قال: وإن شرط أحدهما أن له خيار الرؤية أو خيار العيب جاز؛ وذلك لأن هذا يثبت من طريق الحكم، فإذا شرطه فقد شرط موجب العقد، وشرط موجب العقد لا يمنع من [صحة العقد][(٣)(٤)].

---

(١) افي ب (أو بعده)، والمثبت من أ.

(٢) في ب (يفترق) والمثبت من أ.

(٣) في ب (صحته).

(٤) انظر: الأصل ٢/٥٩٦ وما بعدها.

بَابُ
حَدِّ التَّفَرُّقِ



قال أبو الحسن: إذا تفرق المتعاقدان للصرف بأبدانهما عن مجلسهما ذلك، [فأخذ] كل واحد منهما في جهة، أو قام أحدهما فذهب وبقي الآخر في المجلس، فقد وقع التفرق، فإن كانا لم يتقابضا جميعًا بطل الصرف، وكذلك إن [٣٦٢/أ] كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر؛ وذلك لأنا قد بيّنا أن التقابض قبل الافتراق شرط، فإذا افترقا قبل ذلك فقد فات شرط صحة العقد، فبطل العقد[(١)].

قال: وسواء كان البيع دينًا بدين، أو عينًا بعين، أو عنيًا بدين؛ وذلك لأن العقد إن كان على الدراهم والدنانير فهي لا تتعين بالتعيين، وإنما تتعين[(٢)] بالذمة، فالتعيين وعدمه سواء.

فإن كان العقد على التِّبْرِ والآنية فهي مما تتعين، إلا أنها من جنس الأثمان، فتأكد حكم القبض فيها، وصار التعيين وعدم التعيين سواء؛ ولأن حكم الدراهم والدنانير أقوى في اعتبار التقابض؛ لأنها لا تتعين، فاعتبر التقابض في المجلس لتحصيل التعيين.

وما سوى الذهب والفضة يتعين بالإشارة، فلم يفتقر إلى التقابض ليحصل التعيين، وإذا تأكد حكم القبض في الأثمان تأكد في جنسه، فكان ما يتعين [منه] بالعقد ملحقًا به.

---

(١) انظر: الأصل ٥٩٩/٢.

(٢) في أ (تتعلق).

وأما الحنطة إذا بيعت بعضها ببعض وهي عين لم يعتبر فيها التقابض في المجلس لحصول التعيين الذي شرط القبض[1] لأجله، وقد بيّنا هذا في كتاب البيوع.

وإذا كان المكيل بالمكيل دينًا بدين، فالعقد فاسد تقابضا أو لم يتقابضا؛ وذلك لأن ما وقع عليه اسم البيع مما يتعين جنسه مبيعٌ، وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز، (لنهيه ﷺ لحكيم بن حرام عن بيع ما ليس عنده)[2]، فإن كان أحدهما عينًا والآخر دينًا، فإن كان الذي وقع عليه لفظ البيع هو العين، فهو جائز إذا قبض الآخر في المجلس، فإن افترقا قبل أن يقبض الدين بطل البيع.

وإن كان الذي وقع لفظ البيع عليه هو الدين لم يجز وإن تقابضا؛ وذلك لأن لفظ البيع إذا وقع على العين فبدلها ثمن، والثمن يجوز وإن لم يتعين.

وقد كان القياس أن لا يعتبر قبضه في المجلس؛ لأنهما افترقا عن عين بدين في غير جنس الأثمان، وإنما استحسنوا لقوله ﷺ: «**الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل عينًا بعين**»[3].

وأما إذا وقع لفظ البيع على غير المعين فهو بيع ما ليس عند الإنسان، فلا يجوز العقد وإن عينه بعد ذلك.

فأما الدراهم والدنانير فيجوز العقد عليهما غير معينة؛ لأنها لا تتعين، وإن

---

(١) في أ (التعيين).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٠٣)؛ والترمذي (١٢٣٢)؛ والنسائي في الكبرى (٦٢٠٦)؛ وابن ماجه (٢١٨٧).

(٣) لم أجده بلفظ الحنطة، وورد بغيرها، كما في مسند أحمد، ٥٨/٣؛ ومسند أبي يعلى، ٢٩٤/٢؛ مجمع الزوائد، ١١٣/٤.




عُيِّنَتْ فوجود التعيين وعدمه سواء، ولا فرق بين أن يقع عليها لفظ البيع وهي عين أو دين؛ لأنها لا تكون مبيعة، وإنما هي ثمن بكل حال، فإن قاما عن مجلسهما فذهبا[1] معًا في جهة واحدة وطريق واحد يمشيان جميعًا، فليس بمتفرقين والبيع بينهما تام على حاله، وأن يكونا تقابضا، وكذلك إن طال قعودهما في المجلس، أو ناما فيه، أو أغمي عليهما.

ورَوىٰ النوم والإغماء بشر بن الوليد عن أبي يوسف، وكذلك روي إذا قاما جميعًا فمشيا جميعًا أنهما على بيعهما؛ وذلك لأن المعنىٰ غير موجود إذا مشيا جميعًا.

وقد دل على ذلك ما روي عن عمر أنه قال: (**الذهب بالذهب مثلاً بمثل لا تفضلوا بعضها عن بعض، لا يباع منها غائب بناجز، فإني أخاف عليكم الربا، وإن استنظر أن يدخل بيته فلا ينظره**)[2].

وعن ابن عمر أنه قال: فإن وثب في سطح وثب معه، وليس هذا كخيار المخيرة إذا مشت والزوج معها؛ لأن تشاغلهما بالمشي يدل على الإعراض عما جعل إليها، فيبطل خيارها وإن لم تفارق الزوج.

وروى ابن سماعة عن محمد في نوادره: في رجل له على رجل ألف درهم، وكذلك الرجل عليه خمسون دينارًا، فأرسل إليه رسولاً فقال: قد بعتك الدنانير التي لي عليك بالدراهم التي لك علي، فقال: قد قبلت، لم يكن ذلك شيئًا، وكان باطلاً من قِبَلِ أنهما تصارفا وهما مفترقان، وإن لم يصح هذا العقد لأنه دين بدين، والدين [٣٦٢/ب] بالدين لا يصح في الأثمان، إلا أن يتقابضا في المجلس.

(١) في أ (جميعًا من جهة).
(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٣٥).

وتعليل أبي الحسن بأنهما تصارفا وهما مفترقان يريد بذلك: أنهما لو تبايعا علىٰ هذا الوجه غير الدين لم يصح ؛ لأن حقوق العقد لا تتعلق بالرسول ، وإنما تتعلق بالمرسل ، فإذا تعاقدا مع الافتراق قارن العقد ما يفسده لو طرأ عليه ، فمنع من صحته.

قال: وكذلك لو نادىٰ أحدهما صاحبه من وراء جدار ، أو ناداه من بعيد: لم يجز شيء من ذلك لما بيّنا أن العقد يقارنه الافتراق المانع من صحته ، وليس هذا كالبيع لو أرسل رجل إلىٰ رجل رسولاً فقال: قد بعتك عبدي الذي في مكان كذا بكذا كذا درهم ، فقبل ذلك ، كان البيع جائزًا ، وكأنّ الرجل كلمه بالعقد ؛ وذلك لأن الافتراق لا يؤثر في البيع ، فقام قول الرسول مقام قول المرسل ، وحقوق العقد متعلق بالمرسل ، فكأنه فارقه عقيب العقد ، فلا يفسد العقد.

وقال هشام عن محمد: في رجل قال: اشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة دراهم ، ثم قام الأب قبل أن يزن العشرة ، قال: باطل ؛ وذلك لأنه هو العاقد ، فلا يمكن اعتبار القبض بالافتراق ، فاعتبر بالمجلس.

قال [محمد]: وفي العاقدين: لا يبطل إلا بافتراقهما.

وقال هشام عن محمد: في الواحد إذا عقد ونام في مجلسه ، قال: إن نام طويلاً فإنه يبطل الصرف ، وإن نام يسيراً فهو علىٰ صرفه ؛ لأن عقد الواحد لما اعتبر فيه المجلس دون الافتراق ، صار كخيار المخيرة ، فبطل بالنوم الطويل.

وكذلك يجب أن يبطل بما يدل علىٰ الإعراض ، كما يبطل خيار المخيرة. والله تعالىٰ أعلم[1].

---

(١) انظر: الأصل ٥٩٦/٢ ، ٦٩٨ ؛ مختصر القدوري ص١٩١.

بَابُ
أحد المتصارفين إذا أخذ بما وجب له كفيلاً أو رهنًا
أو احتال به على رجل حاضر أو غائب



قال أبو الحسن: إذا احتال أحد المتصارفين بما وجب له علىٰ رجل حاضر، أو أخذ به كفيلاً حاضرًا أو قبض به رهنًا، فالصرف بينهما علىٰ حاله، فإن قبض المال من المحتال عليه أو من الكفيل قبل الافتراق، أو هلك الرهن في يد المرتهن قبل الافتراق تَمَّ الصرف بينهما(١).

وروىٰ الحسن عن زفر: أن الكَفَالة والحوالة بثمن الصرف لا تجوز.

[لنا: قوله](٢) ﷺ: «**من أحيل علىٰ مَلِيءٍ فليتبع**»(٣)، وقوله: «**الزعيم غارم**»(٤)، وقوله تعالىٰ: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]؛ ولأن العاقد أقام الكفيل والمحال عليه مقام نفسه في الإيفاء، فصار كما لو أمر وكيله بالدفع.

---

(١)

(٢) في ب (لما قاله) والمثبت من أ.

(٣) «الحديث متفق عليه من حديث أبي هريرة بلفظ: (مطل الغني ظلم فإذا أتبع أحدكم علىٰ مَليءٍ، فليتبع)، البخاري (٢١٦٦)؛ ومسلم (١٥٦٤).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)؛ والترمذي (١٢٦٥) وقال: «حديث حسن»؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٨٠٤/٢؛ وأحمد في المسند، ٢٦٧/٥؛ «والطيالسي وابن أبي شيبة، وعبد الرزاق، وأبو يعلىٰ، والدارقطني من حديث أبي أمامة...؛ وأخرجه الطبراني في مسند الشاميين... من حديث ابن عباس، في ترجمة إسماعيل بن زياد، وهو ضعيف». الدراية ١٦٣/٢؛ انظر ما قيل في إسماعيل: نصب الراية ٥٧/٤، ٥٨.

وأمّا الرهن [فلقوله ﷺ: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]؛ ولأن الرهن للاستيفاء، والاستيفاء واجب، فإذا قبض من الكفيل والمحتال عليه قبل الافتراق قام ذلك مقام القبض من وكيل العاقد، وإذا هلك الرهن صار المرتهن مستوفيًا من طريق الحكم، كأنه استوفى بالقبض.

وجه قول زفر: أن ما في الذمة الثانية قام مقام ما في الأولى، فكأنه استوفى بالقبض، أخذ الرهن عوضًا عن ثمن الصرف.

قال: فإن قام المحيل عليه أو الكفيل عن المجلس أو المتعاقدان في المجلس، فالبيع صحيح على حاله، فإن تقابض المتعاقدان أو رجع المحتال عليه أو الكفيل (جميعًا في المجلس)[1] فأدّيا المال قبل التفرق صَحَّ الصرف؛ وذلك لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقدين، فذهاب غيرهما لا يؤثر في العقد إذا حصل التقابض في المجلس.

قال: وإن حضر المحتال عليه أو الكفيل في المجلس [جميعًا] معًا، وافترق المتعاقدان أو قام أحدهما عن المجلس فذهب بطل الصرف، والاعتبار بافتراق المتعاقدين، وهذا على ما بيّنا أن الحقوق تتعلق بهما، فإذا افترقا قبل القبض بطل العقد وإن حضر الكفيل.

قال: وكذلك [٣٦٣/أ] لو أمر كل واحد من المتعاقدين رجلاً أن ينقد عنه، فإن قام الآمر عن المجلس فذهب بطل الصرف وإن كان الوكيل حاضرًا مع الآخر، وإن قام المأمور بالدفع لم يبطل الصرف؛ لأن الحقوق تعلقت بالعاقد دون الوكيل، فإذا افترق العاقدان بطل العقد وإن حضر الوكيلان بمجلس العقد.

---

(١) ساقطة من أ.

بَابُ
المتصارفين إذا تقابضا ثم رَدَّ أحدهما ما اشترى بعيب أو خيار رؤية أو استحق ما اشترى أو بعضه



قال أبو الحسن: وإذا باع الرجل دينارًا بعشرة دراهم، أو شيئًا من الذهب مصوغًا أو تبرًا بدراهم، أو فضة مضروبة أو مصوغة أو تبرًا بدراهم مثل وزنها، تقابضا وافترقا، ثم وجد القابض الدراهم زيوفًا أو نبهرجة أو كاسدة، أو مما يجوز في بعض التجارات دون بعض، وذلك عيب عندهم، فله أن يرد ما وجد من ذلك علىٰ غير شرطه؛ لأن العقد يقتضي صحة المعقود عليه، فإذا وجد معيبًا تغيّر [عليه] مقتضىٰ العقد، فكان له الخيار.

فإن ردّه بعد الافتراق بطل الصرف في قول أبي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف ومحمد: إن استبدله في مجلس الرد جاز، وإن استبدله قبل الافتراق، جاز العقد في قولهم جميعًا.

أما إذا وجد بعض ذلك زيوفًا فالقياس عند أبي حنيفة: أن يبطل العقد [بقدر][1] ما ردّ، والاستحسان: أن لا يبطل إن كان يسيرًا.

واختلفت الرواية في قدره: فروىٰ مُعَلَّىٰ عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن المردود إذا كان أكثر من النصف بطل العقد، وإن كان النصف استبدل، وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة، وهشام عن أبي يوسف عنه.

---

(١) في ب (ما ردّ) والزيادة من أ.

وروىٰ محمد عن أبي حنيفة: أن المردود إذا كان النصف أو أكثر بطل العقد، وهي رواية ابن سماعة عن أبي يوسف عنه.

وروىٰ بشر بن الوليد وخلف بن أيوب عن أبي يوسف عنه: أنه يستبدل ما بينه وبين الثلث، فإن زاد علىٰ الثلث انتقض بحساب ما يرد [وقد بيّنا فصول هذه المسألة في باب السَّلَم].

قال: وما انتقض الصرف فيه في جميع ما ذكرنا، فإنه يكون شريكًا في الدينار دفع عن الدراهم.

وقد طعن عيسىٰ في هذا الفصل وقال: يجب أن يكون شريكًا في أي[1] دينار؛ لأن الدينار لم يتعين بالعقد، ألا ترىٰ أن للعاقد أن يعطي ذلك الدينار أو غيره، وكذلك لا يتعين بالفسخ، فإن أشركه في دينار مثله جاز، وإن أشركه فيه جاز.

ومن أصحابنا من قال: إن الصحيح ما قاله عيسىٰ، وإنما قوله [إنه] يكون شريكًا في الدينار، معناه: إذا اختار ذلك القابض.

ومنهم من قال: إن رَدَّ الزيوف يوجب فسخ القبض فيها، فيصير كأنهما افترقا قبل قبضهما، فيكون القابض للدينار، قد قبض دينارًا مستحقًا بعضه، والدينار يتعين بالقبض عندنا، وإن لم يتعين بالعقد؛ فكذلك جعله شريكًا فيه.

قال: وإن تجاوز قابض الدراهم بما وجد من ذلك ولم يردّه، جاز الصرف بينهما، وكذلك كل ما وجد فيه عيبًا من الدنانير والدراهم، [بعد][2] أن يكون

---

(١) في أ (في الدينار).

(٢) في ب (وجد) والمثبت من أ.




الناس يجرونه في المعاملة مجرىٰ الذهب والفضة ؛ وذلك لأن الزيوف من جنس الجياد ، وإنما هي معيبة ، والعاقد إذا رضي بالمعقود عليه من العيب جاز ، وإنما لم يفسد العقد بخيار العيب ؛ لأنه يثبت من طريق الحكم ولا يمنع صحة القبض.

وإن وجد بعض الدراهم كذلك قبل الافتراق استبدل في قولهم؛ لأن القبض ينفسخ فيها بالردِّ ، فيصير كأنه لم يقبض حتىٰ قبض في آخر المجلس ، فإن افترقا قبل أخذ البدل انتقض فيما رَدَّ قليلاً كان [٣٦٣/ب] أو كثيرًا ؛ لأن القبض انفسخ في المردود ، فإذا افترقا فكأنّه لم يقبضه في الأصل ، قال: وكذلك إذا رَدَّ بعد الافتراق ثم لم يقبض البدل انتقض الصرف فيما رَدَّ عند من يجعل الاستبدال بعد التفرق ؛ وذلك لأن عندهما يجوز الاستبدال في مجلس الرد ؛ لأن الافتراق لا يوجد إلا عن تقابض ، فإذا لم يستبدل فقد افترقا عن المجلس الثاني من غير قبض ، فكأنّهما افترقا عن الأول من غير قبض.

قال: وإن وجد بعض الدراهم ستوقة ، أو رصاصًا ، أو صفرًا ، فإن كانا في المجلس لم يتفرقا استبدل عندهم جميعًا.

وإن وجد ذلك بعد الافتراق بطل في قدر ذلك ، قليلاً كان أو كثيرًا ؛ لأن الرصاص والستوق ليسا من جنس الدراهم ، فقبضهما لا يقع به الاستيفاء ، فصار كأنه لم يقبض شيئًا ؛ ولهذا قالوا لو يجوز بها لم يجز ، ولا يصح العقد كما لو أخذ عوضًا عن الثمن.

قال: وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية عند أصحابنا جميعًا ، وكذلك سائر الديون التي يقع عليها العقد ؛ وذلك لأنه لا فائدة في ردها بالخيار ؛ لأن العقد لا ينفسخ بردِّها ، وإنما يرجع بمثلها ، ويجوز أن يكون المقبوض مثل

المردود أو أدون، فلا تستدرك بالرد فائدة؛ فكذلك لا يثبت الخيار.

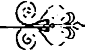
قال: وإن كان اشترى شيئًا بعينه إناءً أو تبرًا أو حليًا مصوغًا أو ما أشبه ذلك، وتقابضا وتفرقا، أو لم يتقابضا، وكانا في المجلس، ثم وجد به عيبًا فرده انتقض الصرف، ورجع بما نقد إن كان نقد.

وكذلك إن ردّه بخيار الرؤية قبل القبض أو بعده؛ وذلك لأن ما تعيّن بالعقد انتقض العقد فيه بالرد، وإنما يثبت فيه الخيار للرؤية؛ لأن في ثبوته فائدة، ألا ترى أن العقد ينفسخ برده، ويرجع بالثمن.

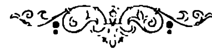
قال: وكذلك إن استحق جميعه؛ وذلك لأنه إذا استحق ولم يجز المستحق العقد، بطل العقد، فإن استحق بعض ما وقع عليه العقد وهو بعينه مما ذكرت لك قبل القبض أو بعده، فمشتريه بالخيار: إن شاء أخذ ما بقي بالحِصَّةِ، وإن شاء رَدَّه؛ لأن الصفقة قد تفرقت عليه فيثبت له الخيار.

قال: وإن استحق فلم يحكم به للمستحق حتى أجاز البيع فيه جاز، وكان الثمن[1] للمستحق، يأخذه البائع من المشتري ويسلم إليه إذا كانا لم يفترقا بعد الإجازة، والاعتبار بفرقة العاقدين دون المجيز، والقبض واجب للبائع على المشتري دون المجيز؛ وذلك لأن المستحق إذا أجاز فكان العقد وقع بأمره في الأصل على أصلنا: أن الإجازة تلحق بالعقد، ويصير العاقد وكيلاً للمجيز، فتعلق حقوق العقد به، فيكون هو الذي يلي القبض، ويفسد العقد بمفارقته دون [مفارقة] المجيز.

(١) في أ (ثمن ما أجاز).

وقد روي عن أبي يوسف: أن المستحق إن قال عند الخصومة: إني أقيم البينة لأجيز العقد، فحكم له بالملك، جاز العقد بإجازته، وإن لم يقل ذلك لم يجز بإجازته؛ لأن المنازعة في الملك [ردّ للعقد][1] الموقوف وإبطال له، ومن وقف عليه عقد ففعل ما يستدل به على الفسخ فكأنه قال: قد فسخت[2].



(١) في ب (والعقد) والمثبت من أ.

(٢) انظر: مختصر القدوري (مع التصحيح) ص١٩١.

بَابُ
تصرف المتصارفين في ثمن الصرف قبل القبض

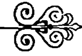
قال أبو الحسن: وإذا تبايع الرجلان دراهم بدراهم، أو دنانير بدنانير، أو أحدهما بصاحبه، أو إناء فضة بدنانير، أو إناء ذهب بدنانير، ثم إن الذي له الدين أبرأ صاحبه منه قبل قبضه، أو وهبه له، أو تصدق به عليه، فإن قَبِلَ الذي عليه الدين ما أبرأه منه أو وهبه له أو تصدق [٣٦٤/أ] به عليه، بطل الدين عنه، وانتقض الصرف؛ لأن البراءة توجب سقوط القبض، والقبض مستحق لحق الله تعالىٰ، فإذا اتفقا علىٰ إسقاطه بطل العقد بفواته.

وإن لم يقبل الذي عليه [الدين] البراءة لم يبطل العقد؛ لأنها سبب الفسخ، فلا تثبت بقول أحد العاقدين بعد صحة العقد.

قال: فإن لم يفعل شيئاً من ذلك، ولكنه اشترىٰ به منه عَرْضًا من العروض، أو شيئًا من المكيل أو الموزون، أو قبض عنه شيئًا من غير جنس الدين، فالبيع فاسد، وثمن الصرف علىٰ حاله يقضبه منه ويتم العقد الأول بينهما، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

وقال زفر: البيع التالي جائز، ويكون ثمن البيع مثل الدين في ذمة المشتري، فيؤدي [إليه] ثمن الصرف وثمن ما اشترىٰ.

وإنما لم يجز [له] التصرف في ثمن الصرف؛ لأن ذلك إسقاط للقبض، وقد بيّنا أنه لا يجوز إسقاطه لحق الله تعالىٰ.

وإنما [لم] يفسد الصرف؛ لأن العقد الثاني لم يصح، فإذا لم يصح التصرف بقي العقد بحاله.

وأما وجه قولهم في فساد البيع، فهو ظاهر على طريقة أبي الحسن: أن الدراهم تتعين بالعقد، وإن لم تملك أعيانها، فإذا تعينت وهي مما لا يصح العقد بها، فسد العقد.

ومن أصحابنا من قال: إن الدراهم وإن لم تتعين، فإن الدَّين يتعين؛ لأنه يختلف باختلاف الذمم، فلا يقدر على دفع مثله، وإذا تَعَيَّن ثمن الصرف بطل البيع؛ لأنه لا يجوز أن يكون بمثله[1]؛ ولأنه شرط إيفاء الثمن من بدل الصرف، وذلك شرط فاسد، فإذا شرط في العقد، بطل العقد.

وجه قول زفر: أن الدراهم لا تتعين، وإنما وقع البيع بمثل ثمن الصرف في الذمة، وجعلاه قصاصًا، فإذا لم تصح المقاصَّة بقي الثمن بحاله في الذمة، وهذا على إحدى الروايتين عن زفر في الدراهم أنها لا تتعين.

قال: وإن أخذ عن الدراهم دراهم أجود منها أو أردأ أو مخالفة لها في الصفة؛ إلا أن ما قبض يجري مجرى الدراهم في المعاملة بينهم جاز ذلك، وكان قابضًا[2]، وليس بيع [بثمن][3] الصرف؛ [وذلك] لأن المقبوض من جنس ما وقع عليه العقد وإن خالفه في الصفة، فكأنّه قبض [نفس][4] الحق.

---

(١) في أ (ثمنًا له).

(٢) في أ (اقتضاء).

(٣) في ب (لثمن) والمثبت من أ.

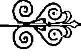
(٤) في ب (نصف) والمثبت من أ.

ألا ترىٰ أن من عليه الدين إذا رضي أن يدفع أجود منه أجبر الذي له الحق علىٰ قبضه [عندنا]، ولو رضي صاحب الدين بقبض الأدون أجبر الآخر علىٰ دفعه.

قال: فإن وهب له الثمن فلم يَقْبل الهبة، فأبىٰ الواهب أن يأخذها[١] أجبر علىٰ القبض؛ لأنه[٢] يريد فسخ العقد بالامتناع من القبض، وفي ترك الفسخ حق للآخر، فيجبر الواهب علىٰ ما يتم به العقد.



(١) في أ (أن يأخذ ما وهب).
(٢) في أ (لأنه لا يريد).

بَابُ
المتصارفين إذا أرادا أن يجعلا ثمن الصرف قِصاصًا بدين غيره



قال ﵁: الأصل في هذا الباب: أن ثمن الصرف يعتبر فيه ما شرطنا في رأس مال السلم من وجوب الاقتضاء، وامتناع القضاء؛ لأن الاقتضاء يوجب العقد، والقضاء تصرف في ثمن الصرف، وذلك لا يجوز؛ لأن فيه إسقاط القبض المستحق لحق الله تعالىٰ.

وقد بيّنا أن المقتضىٰ: كل من ثبت عليه الدين أجبر، والقاضي من يثبت عليه الدين أولاً، والاقتضاء: قبض مضمون متأخر عن سبب الحق في مثله، وهذه الأصول قد بيّناها في باب السلم[1].

قال أبو الحسن: وإذا باع الرجل من الرجل دينارًا بعشرة دراهم، ودفع الدينار ولم يقبض العشرة، وكان لمشتري الدينار علىٰ بائعه عشرة دراهم دين قبل الصرف، وجب [ذلك] عليه بقرض أو غصب أو من ثمن بيع أو غير [٣٦٤/ب] ذلك، فأراد[2] أن يجعل ثمن الدينار قصاصًا بذلك الدين، فإن اجتمعا علىٰ ذلك جاز، وكان قصاصًا، وإن لم يتجمعا لم يكن قصاصًا، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد في الأصول وغيرها.

وهذه ثلاث مسائل:

---

(١) في أ (قد مضىٰ في باب السلم مفسرة).

(٢) في أ (وأرادا أو أحدهما أن يجعلا).

إحداها: لا يثبت القصاص إلا بتراضيهما، وهي هذه المسألة، وصورتها: أن يجعلا ثمن الصرف قصاصًا بدين كان وجب قبله.

فالقياس: أن لا يجوز، وهو قول زفر، والاستحسان: أن يجوز، وهو قول أصحابنا.

والمسألة الثانية: يثبت القصاص فيها وإن لم يتقاصّا: وهو أن يجب لمن عليه ثمن الصرف على من له الثمن دينٌ بقبض مضمون بعد العقد[1] في مثل الحق، فيصير قصاصًا وإن لم يتقاصّا.

والمسألة الثالثة: لا يصير قصاصًا وإن تقاصّا: وهو أن يجب دين بعقد متأخر عن الصرف، فيجعلا ثمن الصرف قصاصًا بذلك، فلا يجوز في قولهم.

أما المسألة الأولى، فوجه القياس: أن المتصارفين قد وجب بعقدهما التقابض، فإذا قبض أحدهما الدينار وجعل العشرة قصاصًا بدين سابق فقد تصرف في ثمن الصرف [قبل القبض] وقضى به دينًا عليه، وفي ذلك إسقاط القبض المستحق لحق الله تعالى، وذلك لا يجوز؛ ولأنهم اتفقوا أنه لو وجب دين بعقد بعد الصرف فجعلا ثمن الصرف قصاصًا به لم يجز؛ لأنه تصرف في ثمن الصرف، فكذلك إذا جعلاه قصاصًا بدين وجب [عليه] قبله.

وجه الاستحسان: أنهما لما جعلا ثمن الصرف قصاصًا بالدين السابق وجب حمل ذلك على الصحة ما أمكن، ولا يمكن [حمله على الصحة] إلا بأن يكونا أضربا[2] عن عقد الصرف وفسخاه، وجعلا الدينار المقبوض بالعشرة

---

(١) في أ (بعد القبض).

(٢) في أ (صرفًا).

الواجبة قبل الصرف، فكأنهما فعلا ذلك عند قبض الدينار، فيجوز.

وليس كذلك إذا وجب الدين بعقد متأخر؛ لأنه لا يجوز أن يفسخ الصرف ويجعل الدينار عند قبضه قصاصًا، فلم يبق إلا إبطال المقاصّة وتبقية العقد.

وأما المسألة الثانية؛ فلأنه لما [وجد][1] بعد عقد الصرف قبض[2] مضمون في مثل ثمن الصرف، وجد حقيقة الاقتصاء، فوقع عن مستحقه كالمودع إذا وهب الوديعة لصاحبها، وقعت عن الرد المستحق؛ ولأن كل دَيْنَيْن من جنس واحد تقابلا في الذمة، والمقاصّة بينهما لا تؤدي إلىٰ فسخ عقد يثبت المقاصة وإن لم يتقاصّا، كمن له علىٰ رجل عشرة دراهم فأعطاه عشرة ولم يقل إنها قضاءٌ.

[قال]: وإنما يتصور القبض المضمون بأن يغصب أحد المتصارفين من الآخر مثل ثمن الصرف أو يقرضه مثله، ويقبضه إياه.

وليس كذلك المسألة الأولىٰ؛ لأن القصاص لا يثبت إلا بالمقاصّة لما بيّنا أن المقاصة تكون بفسخ العقد، وذلك لا يثبت إلا بالتراضي.

وأما المسألة الثالثة: وهي أن يجب لأحدهما علىٰ الآخر دين بعقد متأخر، فلا يصير قصاصًا بثمن الصرف وإن تراضيا؛ لأنا لو فسخنا الصرف لم يمكن أن نجعل قبض الدينار قضاءً عن الثمن؛ لأنه متقدم عليه فلا معنىٰ لفسخ العقد، وإذا لم يفسخ بطلت المقاصة.

قال أبو الحسن في تفريع المسألة الثالثة: وإن تفاضل[3] الدينار فأراد الذي

---

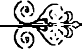
(١) في ب (وجب) والمثبت من أ.
(٢) في أ (عقد) والمثبت من ب.
(٣) في أ (وإن تقاصّا).

له [الأفضل] أن يجعله قصاصًا بالأدون، جاز له ذلك وإن أبى الآخر؛ [وذلك] لأن الدَّيْن إنما يصير قصاصًا إذا تساوى الحق في الصفة، فإذا كان ما وجب بالغصب والقرض أفضل من ثمن الصرف، لم يجز، لم يجز أن يجعله قصاصًا من غير رضا صاحب الحق؛ لما[1] في ذلك من إسقاط [٣٦٥/أ] الجودة، فإذا رضي بذلك صار قصاصًا وإن لم يرض الآخر؛ لأن الجودة إذا لاقت جنسها لا قيمة لها، فكأنه أعطاه نفس حقه.

قال: وإن أراد صاحب الأدون أن يجعله قصاصًا بالأفضل، لم يكن له ذلك إلا برضا صاحب الأفضل؛ لأنه أدون من حقه، فلا يجبر على المقاصة به[2] لما في ذلك من إسقاط الجودة، فإذا رضي فقد أسقط الجودة التي هي حق له، فجاز.

وأما إذا وجب على من له ثمن الصرف دين بقرض أو غصب، وهو أدون من ثمن الصرف، فرضي أن يجعله قصاصًا بثمن الصرف وأبى الآخر، فالظاهر على أصولهم: أنه يصير قصاصًا؛ وذلك لأن الجودة إذا لاقت جنسها لا قيمة لها، فكان الواجب عليه مثل حقه، وقد أشار محمد في كتاب الصرف: إلى أن ذلك لا يكون قصاصًا بلفظ متأول، والأشبه ما ذكرناه؛ إلا أنهم[3] قالوا فيمن له عَلى رجل دراهم جياد حالّة، فصالحه على أدون منها في الصفة مؤجلة جاز؛ لأن المستحق للجياد مستحق لما دونها، فكأَنَّه أجل نفس الحق، وهذا يوجب أن يثبت القصاص هاهنا برضا من له الحق خاصة.

(١) في أ (لصاحبه من إسقاط).
(٢) في أ (بدلها).
(٣) في أ (لأنهم) والمثبت من ب.

قال أبو الحسن: وما حكينا في هذا الباب هو الأشهر من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وأكثر الرواة عليه، وهو عندي أقيس، وفي بعضها خلاف رواية واختلاف عبارات تحتمل التأويل، وإنما أراد أبو الحسن بهذه المسألة الثالثة؛ لأن معلى[1] روى عن أبي يوسف: أن البيع إذا كان بعد الصرف لم يصر قصاصًا وإن تقاصّا مثل المشهور عنهم في الأصل.

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف في نوادره: في رجل باع دينارًا بعشرة دراهم، ثم اشترى منه ثوبًا بعشرة غير العشرة، ثم قاصّه فهو جائز، وهذا خلاف المشهور.

ووجهه: أن المقاصة لا يمكن إلا بأن يكونا فسخا الصرف وفسخا البيع وجعلا الثوب بالدينار؛ فيحمل على ذلك كما يحمل في المسألة الأولى على فسخ الصرف خاصة[2]. والله أعلم.



(١) في أ (لأن علي بن الجعد).
(٢) انظر: الأصل ٣/٢٢ وما بعدها.

بَابُ
شراء الذهب بالذهب والفضة بالفضة مجازفة



قال أبو الحسن: وإذا باع الرجل فضة بفضة أو ذهبًا بذهب، مضروبان دراهم ودنانير، أو مَصُوْغَان حُلِيًّا أو آنِيَةً، أو أحدهما تِبْرٌ والآخر مَصُوْغ، فذلك كله سواء، لا يجوز إلا مثلاً بمثل، ولا يؤخذ فضل وزن في أحدهما لفضل في الآخر من صياغة أو جودة أو غير ذلك؛ وهذا لقول النبي ﷺ: «**الفضة بالفضة مثلاً بمثل وزنًا بوزن، والذهب بالذهب مثلاً بمثل وزنًا بوزن**» ولم يفصل بين أن تتفق الصفة أو تختلف.

وقد روي أن ابن مسعود باع [نفاية][(١)] في بيت المال بنقصان، فنهاه عمر عن ذلك.

وعن أبي صالح السمان قال: سألت عليًا عن الدراهم تكون عندي لا تنفق في حاجتي فأشتري بها دراهم تنفق في حاجتي وأهضم[(٢)] منها؟ قال: لا، ولكن اشترِ بها ذهبًا[(٣)] ثم اشتر بالذهب دراهم تنفق في حاجتك.

قال: وإذا بيع شيء من الفضة بما ذكرنا بفضة أو من الذهب بذهب ولا يعرف

---

(١) في الأصل (بقاية) والمثبت من المحلى، ونصه: (... باع نفاية بيت المال زيوفًا وقِسْيان بدراهم دون وزنها، فنهاه عمر عن ذلك...) ٤٩٩/٨.

(٢) في أ (وأنقصهم).

(٣) العبارة في الطبقات الكبرى: (... ولكن اشتر بدراهمك ذهبًا)؛ وقال الزهري: «وكان أبو صالح ثقة كثير الحديث» ٢٢٦/٦.

المتبايعان وزن واحد منهما ، أو كانا يعرفان وزن واحد ولا يعرفان وزن الآخر ، أو كان أحد المتبايعين يعرف وزنهما ولا يعرفه الآخر ، فإن ذلك لا يجوز ، فإن وزنا بعد ذلك في المجلس فكانا شراء في الوزن ، فالبيع جائز استحسانًا ، وإن تفرقا قبل الوزن ثم وزنا فكانا سواء [فالبيع فاسد ، قال زفر: متمماً وزن ذلك وزن ذلك ، فوجدا سواء][١] جاز البيع في المجلس عرف ذلك [قبل التفرق] أو بعد التفرق.

وإنما لم يجز البيع مجازفة ؛ لأن المماثلة من طريق الوزن مشروطة علينا ، والعقد إذا وقع مع [فقد] شرطه لم يصح ، وأما إذا وزناه في المجلس فكانا سواء ؛ فالقياس أن لا يجوز ؛ لأن العقد وقع على [٣٦٥/ب] فساد ، فلا يصح بعد ذلك.

وجه الاستحسان: أن حال المجلس في الصرف قد جعل كحال العقد ، فصار علمهما بالمماثلة قبل الافتراق كعلمهما في حال العقد ، وأمّا إذا افترقا ثم علما بالمماثلة لم يصح العقد [عندهم][٢] ؛ لقوله ﷺ: «**الفضة بالفضة مثلاً بمثل**» ، ونحن نعلم أنه لم يرد بذلك المماثلة التي [في] علم الله تعالى ؛ لأنه لا سبيل إلى علمها[٣] ، فلم يبق إلا أن يكون المراد به المماثلة التي عند المتعاقدين ، وذلك [لم][٤] يوجد ، ولأن العلم بالمماثلة شرط من شروط العقد ، فإذا تفرقا قبل وجودها جعل كالافتراق قبل القبض.

[وجه قول زفر: أن][٥] الوزن إنما يحتاج إليه للمماثلة ، فإذا تبين أنها

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب ، وزيدت من أ.

(٢) في ب (عندهما) والمثبت من أ ويدل عليه ما بعدها.

(٣) في أ (معرفتها).

(٤) في ب (لمن) والمثبت من أ.

(٥) في ب (له قران) والمثبت من أ.

حصلت من غير وزن فقد وقع العقد على الوجه المأمور به فجاز.

قال: وإن بيع ذهب بفضة أو فضة بذهب مجازفة جاز ذلك، كانا سواء في الوزن أو أحدهما أكثر من الآخر؛ وذلك لأن المماثلة لا تعتبر في الجنسين؛ لقوله ﷺ: «**وإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم يدًا بيد، ولا خير فيه نسيئة**»، ولأن التفاضل يجوز بين الذهب والفضة، وليس في المجازفة أكثر من تجويز التفاضل.

[قال]: وعلى هذا كل ما يثبت فيه الربا إذا اتفق جنسه لم يجز بيعه مجازفة، وإن اختلف جاز.

قال: ولا يكون بيع المجازفة بالمجازفة إلا في الأعيان؛ وذلك لأن ما في الذمم لا يتصور فيه المجازفة، وإنما يتصور ذلك فيما يمكن كيله أو وزنه، وقد ذكر وجوب التقابض في الأثمان، وجواز ترك التقابض في الأعيان، وقد بيّنا هذا في كتاب البيوع.

[قال]: والقسمة إذا وقعت فيما يثبت فيه الربا كالبيع، لا يجوز مجازفة في الجنس الواحد؛ وذلك لأن القسمة على ضربين: أحدهما: تمييز الحقوق وتعديل الأنصباء: وهي القسمة إذا وقعت في الجنس الواحد الذي لا يتفاوت، فإذا اقتسماه مجازفة فلم يعلم أن حق كل واحد منهما يميّز لجواز أن يكون ما أخذه أقل من حقه أو أكثر؛ ولأنهما إذا اقتسما مجازفة لم يؤمن أن يحصل لأحدهما أكثر مما يحصل للآخر، فإن كان ذلك بيعًا لم يجز، وإن [كان] الفضل هبة لم يجز؛ لأنه هبة المشاع فيما يحتمل القسمة.




وأما إذا وقعت القسمة في جنسين جازت مجازفة ؛ لأن المماثلة لا تعتبر في الجنسين ، فيحمل ذلك على البيع ، وقد قالوا فيمن باع قُلْبَ فِضَّةٍ محشوًا بدراهم لا يعلم وزن الفضة فالبيع باطل ، وقال زفر: البيع جائز ، إلا أن يعلم التفاضل ، ذكر هذه المسألة الحسن.

وجه قولهم: ما قدمنا أن العلم بالمماثلة شرط ، فإذا لم يعلم ، [لم] يجز.

وجه قول زفر: أن الظاهر من عقود المسلمين أنها تقع جائزة فلا نفسدها إلا بيقين[1].



(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٩١.

بَابٌ
بيع الفضة بالفضة وبعضها أجود من بعض



قال أبو الحسن: وإذا باع الرجل فضة سوداء بفضة بيضاء، أو الحمراء بالبيضاء، أو الحمراء بالسوداء، أو كان فيها غِشٌّ، وكانت إذا خلصت نقصت، فإن كان غشّها ذلك نحاسًا أو رصاصًا فهو سواء، إذا كان الغالب الفضة فهي فضة في الحكم، لا يصح[1] إلا بمثلها من الفضة خلصت الفضة أو لم تخلص، وكذلك النحاس تخلط فيه الفضة، فلا يغلب عليه ولا تغيره عن طبع النحاس فهو نحاس، لا يباع بالنحاس[2] إلا مثلاً بمثل يدًا بيد[3].

وكذلك الدراهم البخارية إذا كان الغالب عليها النحاس فهي نحاس، لا تشترىٰ إلا كما تشترىٰ النحاس، وهي بمنزلة الفلوس.

والأصل في هذا: ما بينّا أن الجودة في الفضة لا قيمة لها، فإذا باع البيضاء بالسوداء أو بالحمراء لم تعتبر الجودة فيهما، ووجب اعتبار المساواة.

وكذلك إذا كانت الفضة غالبة علىٰ الغش فهي فضة معيبة [٣٦٦/أ] كالسوداء، وكذلك النحاس إذا غلب علىٰ الفضة فهو نحاس، فلا يتغير بذلك عن جنسه.

فأما الدراهم البخارية فهي نحاس إذا الغالب عليها ذلك، وقوله إنها (بمنزلة

---

(١) في أ (يصلح).

(٢) في أ (بالمجلس).

(٣) انظر: الأصل ٦٧/٣.




الفلوس) إنما يريد بذلك: أنهم إذا اعتادوا بيعها عددًا، لم يعتبر فيها فضل الوزن كالفلوس.

قال: وإن كان يتخلص منها الفضة حتىٰ يزول من النحاس ويبقىٰ النحاس علىٰ حاله، فاشتراها رجل بأقل مما فيها من الفضة، فإنه لا يجوز حتىٰ يشتريها بأكثر مما فيها، فتكون الفضة بمثلها، والفضل بالنحاس؛ وذلك لأنه أن يصوّر أن أحدهما يتميز عن الآخر فالفضة غير مستهلكة، ومن باع وغيرها بفضة اعتبرت المماثلة.

قال: فإن كان يحترق الفضة ويبقىٰ النحاس فهو نحاس كله، ولا بأس بأن يشتريه من الفضة بأقلّ من ذلك أو أكثر؛ وذلك لأن الفضة إذا كانت لا تخلص فهي مستهلكة، فلا يعتبر فيها، فكأنه باع نحاسًا بفضة.

وإن كانت الفضة السوداء يخلص منها النحاس حتىٰ يعزل وتبقىٰ الفضة علىٰ حالها، فلا خير فيها إلا بمثلها من الفضة، وفضل شيء لهذا النحاس؛ لأنهما إذا تخلص فكل واحدٍ منهما علىٰ حياله غير مستهلك في الآخر.

قال: وإن كان النحاس يحترق فيذهب، فهي فضة لا خير فيها إلا مثلاً بمثل؛ لأن النحاس يحترق[1] فيذهب مستهلكًا، روىٰ هذا كله بشر عن أبي يوسف.

وقال محمد في الجامع الكبير: إن الفضة إذا اختلطت بالنحاس لم يجز أن تحترق الفضة ويبقىٰ النحاس؛ لأن العلماء من الصيارفة وغيرهم قالوا: إن الفضة والصُّفْر إذا خُلِطا لم تتميّز الفضة من الصفر حتىٰ يحترق من الصفر فيذهب وتبقىٰ

(١) في أ (لأن النحاس إذا لم يتميز صار مستهلكًا).

الفضة ؛ لأن الصفر أسرعهما ذهابًا.

قال: فإن كان هذا هكذا وكانت الفضة هي الغالبة، فهي فضة كلها مثل السوداء والحمراء، والمغشوشة[1] إذا خلصت نقصت ولم يخرج منها شيء، فصار ما يخرج منها خَبَث الفضة، فإذا كان كذلك لم يجز بيعها بالفضة الجيدة[2] إلا مثلاً بمثل.

قال: وبيع [النبهرجة والزيوف بالجياد لا يجوز إلا مثلاً بمثل، وكذلك] النبهرجة والزيوف بالزيوف، والنبهرجة بالزيوف، فإن ذلك لا يجوز إلا مثلاً بمثل، وزنًا بوزن، سواء بسواء، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وروىٰ قول أبي حنيفة الحسن بن زياد؛ وذلك لأن الزيوف والنبهرجة الغالب عليها الفضة، فهي في حكم الفضة السوداء[3].

قال أبو الحسن: والستوق عندهم مكان الصفر أو النحاس هو الغالب الأكثر، فإذا باع الستوقة بالجياد فالبيع يجوز علىٰ الاعتبار أن [كان] ما اشترىٰ به الستوقة من الفضة أكثر مما في الستوقة جاز، وكانت الفضة بمثلها والفضل بالنحاس، وإن كانت الفضة الجيدة مثل ما في الستوقة أو أقلّ، فسد البيع.

قال: وهذا عندي قولهم جميعًا، قاله في الجامع الكبير، ورواه الحسن في كتاب الصرف عن أبي حنيفة، وإنما اعتبرت الفضة التي في الستوق؛ لأنها مخلصة من الغش، يتميز[4] كل واحد منهما عن الآخر، فلم يعتبر الغالبة.

---

(١) في أ (والمعتبر فيه).

(٢) في أ (الجديدة).

(٣) انظر: البدائع ١٩٧/٥.

(٤) في أ (بثمني).




وقال الحسن عن أبي حنيفة: إذا اشترىٰ مائة ستوقة بتسعين درهمًا جيادًا، قال: فإن كان في الستوقة من النحاس ما له ثمن وكان [ما] فيها من الفضة أقل من وزن تسعين، كان البيع جائزًا.

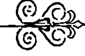
وكذلك لو اشترىٰ بخمسين [درهمًا] وهي مائة وفيها من الفضة أقل من وزن خمسين، وفيها نحاس له ثمن، كان البيع جائزًا؛ وذلك لأن البيع إذا جاز علىٰ الاعتبار لم يكن بد من أن يكون للمشترىٰ قيمة، حتىٰ يجعل ما في مقابلته زيادة الفضة.

وقد قال محمد في الجامع: إذا كانت الدراهم ثلثاها صفر وثلثها فضة لا يقدر علىٰ أن يخلص الفضة من الصفر [٣٦٦/ب]، ولا يدري إذا خلصت الفضة من الصفر أتبقىٰ الصفر أو تحترق، فلا بأس أن تباع هذه الدراهم بوزنها، أو بأكثر من وزنها؛ لأنها بمنزلة الفلوس، وإن بيعت بفضة أقل مما فيها من الفضة، [فلا خير فيه؛ لأن الصفر يبقىٰ بغير شيء، وإن لم يدر مقدار ما فيها من الفضة]، فالبيع فاسد حتىٰ يعلم، فإذا كانت الدراهم ثلثاها فضة وثلثها صفر، فبيعت بمثل وزنها من الفضة البيضاء، جاز ذلك؛ ولا يجوز بيعها بزيادة ولا نقصان، فاعتبر الغلبة في المسألتين.

قال: وإذا كانت الدراهم نصفها فضة ونصفها صُفْر، فبيعت بمثل وزنها من الفضة البيضاء أو بأقل أو بأكثر، فإن كانت الفضة هي الغالبة فلا بأس بأن يباع بمثل وزنها من الفضة، ولا ينبغي أن يباع بأكثر من ذلك، وإن كان ليس شيء [من ذلك] غالب لصاحبه، فلا بأس بأن [يباع][1] بمثل وزنها من الفضة البيضاء، ولا بأس أن يباع أيضًا بأقل من وزنها من الفضة البيضاء إذا علم أن [الفضة][2]

(١) في أ (يشترىٰ).

(٢) في ب (الدراهم).

البيضاء أكثر مما فيه من الفضة.

فإن كانت الفضة البيضاء مثل ما فيها [أو] أقل أو لا يدرىٰ، فالبيع فاسد، وكأنّه لما لم يغلب أحد النوعين الآخر اعتبر كل واحد علىٰ حياله، وكأنه باع قطعة فضة وقطعة نحاس.

وقد قال في الدراهم: إذا كان أكثرها فضة، قال: لا تستقرض إلا وزنًا، ولا تقضىٰ إلا وزنًا، ولا خير في شيء من ذلك عددًا، فأجراها مجرىٰ الفضة الخالصة، فإن كان ثلثاها صفر وثلثها فضة، فتبايعوا بها عددًا بغير وزن، وليس أصلها عندهم الوزن، فلا بأس بها، وهي بمنزلة الفلوس، فإن كان أصلها الوزن فتبايعوا بها عددًا، فلا خير في ذلك، إلا أن يقول: أشتري منك بهذه الدراهم بأعيانها هذا الثوب عددًا علىٰ غير وزنها، فإذا قال ذلك، فهو جائز.

وإن ابتاع بها بغير وزن وهي بغير أعيانها فلا خير في ذلك؛ لأنه لا خلاف إذا كان [الغالب](١) النحاس، فهو بمنزلة الفلوس، فإن اعتادوا بيعها عددًا فقد خرجت [من حدِّ](٢) الوزن، فإن اعتادوا بيعها وزنًا لم يجز أن يشتري بها عددًا لجهالة وزنها، ألا ترىٰ أن فيها الثقيل والخفيف.

قال: فإن كانت الدراهم نصفها فضة ونصفها صُفْرًا فلا ينبغي أن يتبايعوا بها ولا يشتروا بها إلا وزنًا، إلا أن يتبايعوا بها بأعيانها؛ وذلك لأنّ أحد النوعين لما لم يغلب الآخر اعتبر في البيع الاحتياط، فلم يجز إلا وزنًا. والله تعالىٰ أعلم.



(١) في ب (لأن الغالب إذا كان النحاس).
(٢) في ب (عن) والمثبت من أ.

بَابُ
الإناء يباع وزنًا فيزيد أو ينقص



قال أبو الحسن: وإذا باع الرجل قُلْب[١] فضة أو إبريق فضة أو غيره من آنية الفضة المصوغة على أنه مائة درهم بمائة درهم، ثم وزن فوجد وزنه أقل أو أكثر قبل أن يفترقا، فالمشتري بالخيار إذا [زاد] وزنه: إن شاء أخذه بمثل وزنه، وإن شاء تركه، وإن كان ناقصًا فكذلك: إن شاء أخذه بقدر وزنه، وإن شاء ترك.

وكذلك لو قال [له]: قد بعتك هذا الإناء على أن وزنه مائة بمائة، كل درهم بدرهم، فهذا والأول سواء[٢].

قال محمد: وهذا قول أبي يوسف ومحمد، وهو قياس قول أبي حنيفة، وقال زفر: البيع باطل، وهو قول الحسن.

وجه قولهم: أن الفضة لا يجوز بيعها إلا بمثلها، فلما قال: [بعتك هذا الإناء على أنه مائة بمائة، فكأنه قال]: بعتك كل درهم بدرهم، فظن أنه مائة، فصح العقد، ويكون مبيعًا بمثل وزنه، وإنما ثبت الخيار؛ لأن المشتري لم يرض أن يلزمه أكثر من مائة، وإذا ألزمه من طريق الحكم أكثر منها، تغيرت الصفقة عليه، [فله الخيار].

وأما إذا نقص؛ فلأن الإنسان يرغب في الإناء إذا كان وزنه مائة، ولا يرغب

---

(١) «قُلْبُ فضة: أي سوار غير ملوي». المغرب (قلب).

(٢) انظر: البدائع ٥/١٦٢.

إذا نقص عنها، وكان له الخيار.

وجه قول زفر: أنه لما جعل الثمن مائة والإبريق أَقَلَّ أو الأكثر، صار العقد ربا، فلا يتغير بالزيادة والنقصان بعد ذلك.

وأما إذا افترقا ثم وزنه فوجده مائة [٣٦٧/أ] وخمسين، فهو بالخيار: إن شاء أخذ ثلثيه بمائة، وإن شاء ترك ذلك؛ لأن الثمن الذي وجب عليه مثل وزنه، فلما افترقا قبل قبض بعضه، صَحَّ العقد فيما قبض وبطل فيما لم يقبض، والعقد يجوز أن[1] ينفذ في بعض الإبريق، فجاز أن يبقى فيه[2].

وليس هذا كما لو ظهرت الزيادة في الوزن قبل الافتراق، فقال المشتري: أنا آخذ من الإبريق بوزن المائة، لم يكن له ذلك، وقيل له: إما أن تتم الثمن أو[3] [تفسخ] العقد؛ لأن الصفقة لم تتم لعدم القبض، فإذا أراد المشتري أخذ بعضه فرَّق الصفقة على البائع في الإتمام، وذلك لا يجوز.

وأما إذا تقابضا ثم افترقا فقد تم العقد بالقبض، والمشتري يفرق الصفقة بعد تمام العقد؛ ولأن الفسخ ثبت هاهنا من طريق الحكم، وهناك لو ثبت لثبت بفعل المشتري، وليس للمشتري أن يدفع الزيادة بعد الافتراق؛ لأن ثمن الصرف لا يجوز قبضه بعد الافتراق من المجلس.

وأما إن وزنه فوجده ناقصًا: فإن شاء أخذه بالحصة، وإن شاء ترك؛ لأنه لا يجوز أن يكون في مقابلته أكثر من وزنه، فما زاد على وزنه مقبوض بغير حق

(١) في أ (أن يبتدأ).

(٢) انظر: التجريد للقدوري ٦/٢٧٣٤.

(٣) في ب (انفسخ) والمثبت من أ.

فيجب رده، وله الخيار لتغير [الصَّفْقة][1] عليه.

قال: فإن وجده زائدًا قبل التفرق واختار المشتري أن يأخذ ثلثيه ورضي البائع بذلك جاز؛ لأنا منعناه من تفريق الصفقة لحق البائع، فإذا رضي فقد أسقط حق نفسه [فجاز].

قال: فإن اشترىٰ إناء علىٰ أن فيه عشرة دراهم بدينار، فوجد أكثر من عشرة قبل التفرق أو بعده فهو كله له، وإن وجده ناقصًا قبل الافتراق [أو بعده] فهو بالخيار: إن شاء أخذه بالدينار، وإن شاء تركه؛ وذلك لأن التفاضل يجوز بين الذهب والفضة، وليس في الزيادة والنقصان أكثر من التفاضل.

ولا خيار للبائع إذا كان زائدًا؛ لأن كلّ ما في تفريقه ضرر، فالأبعَاض فيه صفة، وزيادة الصفة علىٰ ما شرط في العقد لا يثبت للبائع خيارًا، كمن باع عبدًا علىٰ أنه أعور فوجده صحيحًا.

فأما إذا وجده ناقصًا فللمشتري الخيار؛ لأن الصفة[2] تغيرت عما شرط بالعقد، فصار كوجود العيب.

قال أبو الحسن: وهذه الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر، وعن أبي يوسف قول غير هذا رواه ابن سماعة عنه في كتاب البيوع، وقد ذكرته في الجامع الصغير[3].

وإنما عنىٰ بذلك ما قال أبو يوسف: فيمن اشترىٰ من رجل قُلْبَ فضة بدينار

---

(١) في ب (الصفقة) والمثبت من أ.

(٢) في أ (الصفقة تفرقت).

(٣) انظر: الجامع الصغير (مع النافع الكبير) ص ٣٥١، ٣٥٢.

علىٰ أن فيه عشرة دراهم، فوجده خمسة عشر قبل أن يتفرقا أو بعدما تفرقا، فإن هذا والإناء الصفر في القياس سواء، وليس عليه أن يزيد في الثمن شيئًا.

ولكني [أدع][1] القياس في الذهب والفضة، ويكون المشتري بالخيار: إن شاء سَلَّم إليه [ثُلُثَيْه] بالدينار، [وكان] للبائع الثُّلُثُ، وإن شاء رده وأخذ الدينار، وهذا قبل التفرقة وبعدها سواء من قِبَل أن الزيادة لم يقع عليها البيع.

وإنما كان الخيار للمشتري من قِبَل أن القلب لم يسلم له كله، فهو بمنزلة عيب وجده فيه.

وجه القياس: ما ذكرنا أن ما في تبعيضه ضرر، تكون الزيادة والنقصان فيه صفة كذرعان الثوب.

وجه الاستحسان: أن الوزن يتعلق بالعقد علىٰ قدره إذا قابله جنسه، وكذلك إذا قابله غير جنسه كالنقرة، وليس كذلك إناء الصفر؛ لأن العقد لا يتعلق علىٰ وزنه إناء قابله جنسه، [وكذلك] إذا قابله غير جنسه.

قال أبو الحسن: ولو أن مكان الإناء نقرة فضة اشتراها علىٰ أن فيها عشرة دراهم بعشرة، أو بدينار، فوجدها عشرين قبل الافتراق [٣٦٧/ب] أو بعده، وقد تقابضا، فله منها عشرة ولا خيار لواحد منهما؛ [وذلك] لأن النقرة لا ضرر في تبعيضها، فصارت كالمكيل والموزون، [ولو باعه طعامًا علىٰ أنه قفيز فوجده أكثر ردّ] الزيادة في ذلك، [كذا هذا]. والله تعالىٰ أعلم.



(١) في ب (ادعي) والمثبت من أ.



بَابُ
بيع السيوف المحلاة والآنية وغير ذلك



قال أبو الحسن: وإذا باع الرجل سيفًا محلىٰ بفضة بدراهم أكثر وزنًا مما في السيف من الحلية جاز البيع، وكانت الحلية تبعًا بمثل وزنها، والفضل بالنصل والجفن والحمائل؛ وذلك لأن المماثلة في الفضة مستحقة لقوله ﷺ: «**الفضة بالفضة مثلاً بمثل**»، فإذا صارت الفضة بمثلها كانت الزيادة بالنَّصْلِ والجَفْنِ والحَمَائِلِ، وهذا علىٰ أصلنا في أن الثمن يقسم القسمة التي تؤدي إلىٰ تصحيح العقد[1].

[قال:] فإن [كان] وزن الدراهم المشترىٰ بها السيف مثل وزن الحِلية أو أقلّ فالبيع فاسد؛ لأن المماثلة في الفضة مستحقة، فيصير بائعًا للفضة بفضة، وزيادة النصل والجفن، وذلك لا يجوز.

قال: فإن لم [يعلم][2] أن الثمن مثل الحلية أو أكثر أو أقلَّ حتىٰ افترقا، بطل البيع، وكذلك إذا اختلف التُّجَّار: فقال بعضهم: الثمن أكثر مما فيها، وقال آخرون: هو مثله أو أقل، فإن البيع باطل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

وقال زفر والحسن: البيع جائز، حتىٰ يُعْلَم أن الحلية مثل الثمن أو أكثر.

وجه قولهم: أن المماثلة في الفضة شرط، فإذا لم يعلمه لم يوجد شرط

(١) انظر: الأصل ٢/٥٩٣.

(٢) في ب (يغلب) والمثبت من أ.




العقد فلا يصح ؛ ولأن الجهل بقدرها يجري مجرىٰ بيع الفضة بالفضة مجازفة ، وقد بيّنا أن ذلك لا يجوز وإن علمنا المماثلة في الثاني.

وجه قول زفر: أن عقود المسلمين محمولة علىٰ الصحة ، إلا أن يعلم غير ذلك ، فما لم [يعلم] بالتفاضل فالعقد جائز ، وأما إذا اختلف التجار فليس الرجوع إلىٰ قول بعضهم بأولىٰ من الرجوع إلىٰ قول الباقين[1] ، فسقط قولهم ، فلم يصح العقد.

وإن علم بعد العقد قبل التفرق أن الدراهم أكثر من الحلية ، جاز العقد في قولهم ؛ لأن حال المجلس كحال العقد ، فكأنهما علما بالمماثلة في الابتداء.

قال: فإن علم أن الدراهم أكثر من الحلية ثم افترقا قبل أن يتقابضا ، أو قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ، فالبيع [منتقض][2] كله إذا كانت الحلية لا تتخلص من السيف إلا بضرر ، وإن كانت تتخلص بغير ضرر بطل البيع في الحلية خاصة ، [وجاز في السيف ؛ لأن بيع السيف دون الحلية أو بيع الحلية دون السيف إذا كان يتخلص بغير ضرر يجوز ذلك] ؛ لأن الافتراق يوجب بطلان البيع في حصة الحلية ؛ لأنه صرف ، ولا يوجب بطلان العقد فيما [سوىٰ ذلك][3] ؛ لأنه ليس بضرر ، فإذا كانت تتميز بغير ضرر ، فابتداء العقد عليها [دون الحلية يجوز ، وكذلك يجوز البقاء ، وإذا كانت لا تتميز إلا بضرر ، لم يجز ابتداء العقد عليها] ، فكذلك لا يجوز البقاء ، وصار كبيع ذراع من ثوب أو جذع من سقف.

---

(١) في أ (بعض).

(٢) في ب (متبعض) والمثبت من أ.

(٣) في ب (سواهما) والمثبت من أ.

قال: وإذا كانت الحلية ذهبًا والثمن دنانير، فهو مثل ما وصفت لك إذا كانت الحلية فضة والشراء بالدراهم؛ لأن المماثلة في الذهب بالذهب مستحقة كالفضة بالفضة، وإن كانت [حلية السيف][١] ذهبًا فاشترىٰ بفضة، أو كانت [الحلية] فضة فاشترىٰ بذهب، [فذلك جائز قليلاً كان الثمن أو كثيرًا؛ لأن المماثلة غير مستحقة بين الذهب والفضة، فانقسم الثمن علىٰ قدر القيمتين][٢].

فإن تفرقا في جميع ما ذكرت لك قبل أن يتقابضا أو قبض أحدهما ولم يقبض الآخر، والثمن دنانير أو دراهم من جنس الحلية أو من غير جنسها، بطل البيع في جميع السيف إذا كانت الحلية لا تتميز من السيف إلا بضرر؛ وذلك لأن التقابض مستحق في بيع الفضة بالذهب كما يستحق في بيع الفضة بالفضة.

قال: وإن وقع البيع بينهما علىٰ أن الثمن مؤجل، وهذا من جنس الحلية أو من غير جنسها، وهو ذهب أو فضة فافترقا علىٰ ذلك، بطل البيع في السيف كله، كانت الحلية تتميز بضرر أو بغير ضرر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر.

وقال محمد: إذا كانت [الحلية] لا تتخلص إلا بضرر، بطل البيع كله، وإن كانت تتخلص[٣] بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية خاصة، وكذلك إن تفرقا ولأحدهما [٣٦٨/أ] خيار شرط في البيع.

أما إذا كان لا يتميّز إلا بضرر، فقد فسد البيع في الحلية بالتأجيل، والخيار يفسد في السيف [أيضًا]؛ لأنه لا يجوز إفراده بالعقد.

(١) في ب (الحلية) والمثبت من أ.
(٢) في ب (انقسم الثمن قدر القيمتين).
(٣) في أ (تتميز).




وأما إذا كان يتميز (بغير ضرر) فسد العقد فيهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الصفقة تضمنت الصحيح والفاسد، والفساد في نفس المعقود عليه.

وأما علىٰ قول محمد: فإن الصفقة تضمنت الصحيح والفاسد، وللفاسد قيمة، فصحّت في الصحيح، وبطلت في الفاسد.

قال: وإن كان البيع إلىٰ أجل، فنقد المشتري البائعَ قدر حصة الحلية من الثمن، جاز البيع؛ وذلك لأن تعجيل الثمن إسقاط للتأجيل، والأجل إذا سقط في المجلس صَحَّ العقد بإسقاطه.

وقد ذكر محمد في الأصل من فروع هذا الباب: إذا قبض من الثمن مقدار وزن الحلية ثم افترقا، قال: فالقياس أن يبطل البيع، والاستحسان أن يجوز، ويكون المقبوض من حصة الحلية[1][2].

وجه القياس: أن كل جزء من الثمن مقابل لجزءٍ من المبيع، فوجب أن يكون المقبوض عنهما جميعًا؛ لأن حال القبض لا يؤدي ذلك إلىٰ فساد العقد، فإذا صار المقبوض منهما فسد بالافتراق قبل قبض حصة الحلية بتمامها.

وجه الاستحسان: أن حصة الحِلْيَةِ تستحق قبضها في المجلس، وحصة السيف غير مستحقة القبض في المجلس، فإذا نقد مقدار الحلية وجب أن يقع علىٰ المستحق، ألا ترىٰ أن من باع ثوبًا بعشرين: عشرة مؤجلة، وعشرة حالة، ثم دفع إليه المشتري عشرة، فقال البائع: الذي عجلت [هي][3] المؤجلة، وقال

(١) في أ (القلب).

(٢) انظر: الأصل، ٢/٥٩٣.

(٣) في ب (إلىٰ) والمثبت من أ.

المشتري: المعجلة، فالقول قوله؛ لأن ذلك[1] هو المستحق، وأمور المسلمين محمولة على الصحة ما أمكن، ولا يمكن حمل أمرهما على الصحة إلا بأن [يجعل][2] المعجلة حصّة الصرف.

قال: فإن قال هذا من ثمنها، كان من حصة الحلية خاصة؛ وذلك لأنه يمكن أن يحمل على وجه يصح؛ لأن اسم الاثنين يعبر به عن الواحد، قال الله تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا ٱللُّؤْلُؤُ وَٱلْمَرْجَانُ﴾ [الرحمن: ٢٢]، وإنما يخرج اللؤلؤ من أحدهما، وقال: ﴿يَـٰمَعْشَرَ ٱلْجِنِّ وَٱلْإِنسِ أَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِّنكُمْ﴾ [الأنعام: ١٣٠]، وإنما الرسل من الإنس خاصة.

وقال النبي ﷺ لمالك بن الحويرث ولابن عَمٍّ له: «**إذا سافرتما فأذِّنا وأقيما**»[3] وإنما أراد أن يؤذن أحدهما، فإذا احتمل اللفظ ذلك حمل على ما لا يؤدي إلى الفساد بالافتراق[4]؛ ولأن قوله: (نقدت هذا من ثمنها)، بمنزلة قوله من جملة الثمن؛ لأن ثمنهما هو جميع الثمن، ولو قال ذلك يصح العقد.

قال: ولو نقد بعض الثمن، وقال: هذا من ثمن النصل أو الجفن خاصة فسد العقد؛ وذلك لأنه قد بيّن وأفصح وأزال الاحتمال، فلم يمكن أن يحمل على الصحة.

ولا يقال: إذا كان حصة الحلية مستحقة، وجب أن يقع المقبوض عن

---

(١) في أ (المعجل).

(٢) في ب (يحصل) والمثبت من أ.

(٣) أخرجه الترمذي (٢٠٥)؛ والنسائي في المجتبى (٦٣٤)؛ والحديث في الصحيحين كما ذكر ابن حجر في الدراية، ١/١٢١؛ ونصب الراية، ١/٢٩٠.

(٤) في أ (والافتراق).

المستحق وإن جعله عن غيرها، كما لو وهب الوديعة للمودع؛ وذلك لأن المشتري هو المملك للثمن، فكان القول في التمليك قوله.

وهذا الفصل لم يذكره محمد، وإنما ذكره أبو بكر الرازي، قال محمد: فإن قال هذا الذي عجلته حصة السيف كان من الحلية، وجاز البيع؛ لأن السيف اسم للجملة، ألا ترىٰ أن الحلية تدخل في بيع السيف علىٰ طريق التبع، فكأنه قال: هذا من ثمن[1] الجملة؛ ولأن الحلية لما لم يجز إفرادها بالعقد صار كأنه نقد بعض الثمن، وقال هذا حصة يد العبد، فيلغو ذلك.

وليس هذا كمن باع ثَوْبًا وقُلْبًا بعشرة وعَجَّلَ حصة الثوب؛ لأن ذلك يصح إفراده بالعقد، فأمكن تصحيح العقد فيه دون القُلْب.

وكان [أبو علي] الشاشي يقول: إنه لما جعل [٣٦٨/ب] المعجل من حصة السيف ـ وذلك لا يمكن؛ لأن العقد لا يبقىٰ فيه مع فساده في الحلية ـ فكأنه قال: عجلت ما يصح به العقد في السيف؛ وذلك لا يكون إلا بإذن يكون المعجل من الحلية.

وعلىٰ هذا ينبغي أن يكون ما ذكره أبو بكر في حصة النصل محمولاً علىٰ أن النصل متميز عن الحلية. والله تعالىٰ أعلم.



(١) في أ (من هذه الجملة).

بَابُ
بيع الصرف مرابحة



قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعًا: من اشترىٰ دراهم بدراهم وزنًا بوزن، أو إناء فضة بدراهم، أو إناء بإناء مِثْلاً بمِثْل، وأحدهما أجود من الآخر، أو ذهبًا بذهب وزنًا بوزن مثله، وتقابضا، لم يجز لأحدهما أن يبيع ما اشترىٰ مرابحة علىٰ وجه من الوجوه؛ لأن المرابحة نقل ما ملكه بالثمن الأول مع زيادة ربح؛ وذلك [فيه] ربًا، فلا يجوز.

قال: وإن اشترىٰ ذهبًا بفضة مصوغًا بمصوغ، أو مضروبًا بمضروب، أو تبرًا بتبر، أو مصوغاً بمضروب، أو تبرًا بمضروب، أو كيف بِيْعَ شيء من ذلك بالآخر، وتقابضا، ثم باع أحدهما ما اشترىٰ من الفضة مرابحة بالدنانير، أو باع الذي اشترىٰ بالذهب مرابحة بالدراهم، فذلك جائز عندهم جميعًا.

قال الشيخ رحمه الله: وهذا علىٰ ثلاثة أوجه:

إذا اشترىٰ ذهبًا بعشرة دراهم فباعه بربح درهم جاز في قولهم؛ لأن بيع الذهب بأحد عشر [درهمًا] يجوز علىٰ غير وجه المرابحة، وكذلك علىٰ [وجه] المرابحة.

وإن باعه بربح ثوب بعينه جاز في قولهم؛ لأنه بائع للذهب بعشرة وثوب، وذلك جائز.

فإن باع الذهب بربح ذهب كأنه قال: أبيعك هذا الدينار الذي اشتريته بعشرة

بربح قيراطين، لم يجز [البيع] في قول أبي يوسف، وجاز في قول محمد، وكذلك إن باع العشرة بالدينار وربح قيراطين جاز.

وإن باعها بربح درهم لم يجز عند أبي يوسف، وجاز عند محمد.

لأبي يوسف: أنه باع الدينار بربح قيراطين، كانت القيراطان بمثلها من [الذهب] الدينار، والعشرة [تبقيه الدينار أن يكون بعضها رأس مال وبعضها ربحًا، فيصير ما سمياه ربحًا] رأس مال، وما سمياه رأس مال بعضه ربح، وما اشتراه بالدراهم لا يجوز أن يجعله رأس ماله ذهبًا، فلم يصح العقد.

لمحمد: أن المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح، فكأنه باعه الدينار بعشرة دراهم وقيراطين، ولو باع ذلك ولم يذكر المرابحة جاز.

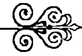
قال: وعلى هذا: كل ما يدخل فيه الربا إذا اشتراه بجنسه لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة؛ لأن ذلك يؤدي إلى التفاضل.

وقال محمد في الأصل: إذا اشترى سيفًا محلى بفضة بمائة درهم، وحليته خمسون [درهمًا]، وتقابضا، فهو جائز[1]، فإن باعه مرابحة بربح عشرين [درهمًا] أو بدَهْ دوازده[2]، أو بربح ثوب بعينه، فإن ذلك لا يجوز، والبيع باطل؛ لأن من حكم المرابحة أن ينقسم الربح على جميع الثمن، فيصيب كل جزء من الثمن جزءًا من الربح، فإذا كان كذلك أصاب الحلية بعض الربح، فصار ذلك ربًا، فبطل البيع فيها وبطل في السيف؛ لأنه لا يتخلص إلا بضرره.

---

(١) انظر: الأصل، ٢/٦٠٢.

(٢) في أ (بده يازده) والمراد (بده دوازدة): (عشرة باثنتي عشرة) بالفارسية.

ولا يقال: هلا جعلتم الربح في مقابلة السيف والجَفْنِ حتى يؤدي ذلك إلى صحة العقد؛ وذلك لأنهما دخلا في عقد مرابحة، فلو فعلنا[1] ذلك صار بعض العقد مرابحة وبعضه تولية[2]، وهما لم يدخلا في التولية؛ ولأنه باع بربح ده[3] دوازدة، فإذا جعلنا الربح في حصة السيف كان بده ده[4]، وهما لم ينويا ذلك.

ولا يقال: فهلا أثبتّم حصة السيف والجفن من الربح وأسقطتم حصة الحلية.

قلنا: لأن البائع لم يرض أن يملك عليه السيف إلا بقدر من الثمن، فلم يجز أن يستحق بأقل منه.

وليس هذا كما لو باع السيف مساومة ابتداءً بمائة وعشرين؛ لأنه [٣٦٩/أ] لم يجعل لكل جزء من المعقود[5] عليه حصة من الربح، فأمكن أن يحمل العقد على وجه الصحة، ويجعل في مقابلة الفضة مثلها، والباقي في مقابلة السيف.



(١) في أ (نقلنا).
(٢) المُرَابَحة ـ بضم الميم ـ: بيع السلعة بما اشتراها به مع زيادة ربح معلوم.
أو: «هي البيع بزيادة على الثمن الأول»، كما في التعريفات للجرجاني (المرابحة).
والتولية: هو البيع الذي يُحَدَّد فيه رأس المال نَفْسُه ثمنًا بلا ربح ولا خسارة.
أو: «هي بيع المشتري بثمنه بلا فضل»، كما في التعريفات للجرجاني (التولية).
(٣) في أ (ده يازدة).
(٤) في أ (بده دوزاده)، ويعني (بده ده): عشرة بعشرة.
(٥) في أ (من المبيع).

بَابُ
الزيادة في ثمن الصرف أو الحطّ عنه



قال أبو الحسن: إذا اشترىٰ الرجل من الرجل قُلْبَ فضة فيه عشرة بعشرة، وتقابضا وتفرقا، ثم لقيه بعد ذلك فحطّ عنه البائع درهمًا أو زاده المشتري درهمًا، فقبل الآخر ذلك، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: الحطّ والزيادة فاسدة[1]، والعقد الأول صحيح.

وقال محمد: الزيادة (فاسدة)، [والعقد الأول صحيح]، والحط جائز، وأجعلها هبة مبتدأة[2]، فإن أبىٰ الذي حطَّ أو وهب أن يسلم ما حطَّ كان له ذلك، ولم يجبر عليه.

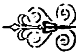
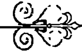
وهذه المسألة فرع علىٰ اختلافهم في الزيادة الفاسدة إذا ألحقت بالعقد لحقت عند أبي حنيفة وأفسدت العقد؛ لأن العقد في ملكهما، فإذا [ألحقا] به زيادة فاسدة صار كأنهما ذكرا ذلك في حال العقد، وإنما وقفت الزيادة والحط علىٰ القبول عنده لما في ذلك من فسخ العقد، فلا يملكه أحد [المتعاقدين] إلا برضا الآخر.

وأما أبو يوسف فمن أصله: أن الزيادة الفاسدة لا [تَلحق العقد] ولا تتعلق بها حكم، فسقطت هذه الزيادة، وكذلك الحَطّ.

---

(١) في أ (باطل).

(٢) في أ (مستقبلة).

وأما محمد: فوافق أبا يوسف في الأصل، وخالفه في هذه المسألة، فقال: إذا زاده فالزيادة لا يمكن حملها على وجه صحيح، فبطلت، وأما الحطّ فإذا كان في إلحاقه فساد العقد جعل هبة مبتدأة [كحطّ] جميع الثمن، (وهذا ليس بصحيح؛ لأن حط جميع الثمن إنما يجعل هبة مبتدأة، ولا يلحق بالعقد؛ لأن إلحاقه يخرجه عن كونه بيعًا)[1]، وإلحاق الحط في مسألتنا لا يخرج العقد عن كونه صرفًا.

وإذا ثبت [من أصل محمد] أن الحط هبة مبتدأة، فإن قبضها جاز، وإن لم يقبضها، لم يجبر عليها؛ لأن الهبة لا يتعلق الاستحقاق بعقدها.

قال: ولو باعه عشرة دراهم بدينار، أو قلب فضة وزنه عشرة دراهم بدينار، وتقابضا، وتفرقا أو لم يتفرقا حتى زاد أحدهما صاحبه وقبل الذي زِيْدَ[2] الزيادة، فذلك جائز، فإن قبضت[3] الزيادة قبل أن يتفرقا جاز ذلك، وكانت [الزيادة] كأنّها في أصل البيع؛ لأن التفاضل يجوز في بيع الفضة بالذهب [والذهب بالفضة]، فليس في الزيادة أكثر من التفاضل، ويعتبر فيها القبض في مجلس الزيادة؛ لأنها ثمن الصرف.

فإذا وجبت لم يجز الافتراق إلا بعد قبضها، فإذا افترقا قبل أن يقبض الزيادة انتقض البيع في حصة الزيادة، وقسم ما زاد فيه على الزيادة وعلى الذي بيع به أول مرة، فجاز الذي بيع به أول مرة بحصته من الثمن وبطلت الزيادة، ورجعت

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب، ومكانه: (فكذلك هذا الحط يكون بيعًا).

(٢) في أ (رده).

(٣) في أ (قسمت).

حصة الزيادة إلىٰ صاحبها، وكأن البيع وقع عليهما جميعًا، فقبض أحدهما ولم يقبض الآخر.

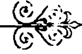
وقال محمد: هذا كله قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد؛ وذلك لأن الزيادة لحقت بالعقد فصارت ثمنًا، وإذا لم يقبض في المجلس بطل العقد في حصتها، فكأنهما تبايعا بالجملة ابتداءً، فقبض بعضها دون بعض.

وليس هذا كالفصل الأول في قول أبي حنيفة؛ لأن الزيادة لم تصح، فإذا لحقت بالعقد بطل جميعه، وفي مسألتنا قد صَحَّت الزيادة، وإنما فسدت بالتفرق، ففساد بعض العقد بعد صحته لا يوجب فساد جميعه.

قال: فلو لم يزد واحد منهما صاحبه ولكن حَطَّهُ أحدهما عن صاحبه من ثمن الدينار درهمًا، أو من ثمن القُلْبِ قيراطًا، فالحط جائز لازم في قولهم [جميعًا]، كان قبل التفرق أو [٣٦٩/ب] بعده، ويرد الذي حط ما حط، وذلك له لازم، ويجبر عليه إذا كان قد قبض الثمن؛ وذلك لأن الحط يؤدي إلىٰ التفاضل، وذلك جائز بين الذهب والفضة، فلحق بالعقد، وتعلق به الاستحقاق، وكأن العقد وقع علىٰ ما سواه، فقبض العاقد مقدار المحطوط بغير حق، فيجبر علىٰ رده.

قال: وإن كان الحط قيراط ذهب فهو شريك في الدينار؛ وذلك لأن في تبعيض الدينار ضررًا، فإذا حط بعضه صار كأنه اشترىٰ منه بما بقي.

وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره: سمعت محمدًا قال في رجل اشترىٰ من رجل سيفًا بمائة درهم وحليته خمسون درهمًا، ونقده المائة وتفرقا، ثم لقيه مشتري السيف فزاده دينارًا في الثمن، ثم دفعه إليه قبل أن يفارقه أو

بعدما فارقه، فإنه جائز.

قال محمد: لأنه لما زاد الدينار كانت الزيادة في النصل والجفن والحمائل؛ وذلك لأن الزيادة تلحق بالعقد، فتصير كالموجودة فيه، ولو باعه ابتداءً بالأصل[1] والزيادة جاز، لذلك إذا ألحق الزيادة [به] في الثاني.

وليس هذا كبيع المرابحة والمواضعة؛ لأن ذلك يقسم على جميع رأس المال، فلو ألحقناه بالسيف خاصة لصار بعض العقد مرابحة، وبعضه تولية؛ فلذلك لم يجز[2]. والله تعالى أعلم.



(١) في أ (بالأجل).

(٢) انظر: الأصل ٢/٥٠٢.




بَابُ
الموزون بجنسه أو بخلاف جنسه



قال: جملة ما ذكره في هذا الباب يدور على ما ذكرناه في باب الربا: وهو أن فساد العقد عند وجود التفاضل يتعلق بزيادة كيل مع الجنس، أو وزن مع الجنس، فإذا وجد الوصفان جميعًا حرم التفاضل والنَّسَاء، وإذا عدما جاز التفاضل والنَّسَاء، وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر جاز التفاضل وحرم النَّسَاء إلا في مسألة الاستحسان، وهو إسلام الدراهم في الموزونات، فإنهم جوّزوا ذلك للإجماع.

وإذا خرج البيع من الوزن لم يثبت فيه الربا، وهذا كالحديد والصفر إذا ضربا آنية، (ولم يعتاد الناس بيعها وزنًا، فأمّا الفضة والذهب إذا ضربا آنية) فإن الربا فيهما ثابت؛ [لأنهما] لا يخرجان بذلك عن الوزن في العادة، وقد كان أصحابنا يقولون: إن ما خرج منها [بالصنعة] عن حد الوزن سقط فيه التفاضل كالخواتيم الصغار [النيسابورية] وكالتمويه في الحديد والصفر الذي لا يتخلص [منه](١).



(١) انظر: مختصر القدوري ص١٨٥، ١٨٦.




بَابُ
بيع جنسين من الوزن بجنسين منه أو بأحدهما



قال رحمه الله: أصل هذا الباب أن قسمة أحد البدلين على الآخر لا فائدة له إلا بتحصيل أحكام العقد: وهي الرد بالعيب والرجوع إلى الثمن عند الاستحقاق، ووجوب الشفعة فيما فيه الشفعة؛ فإذا كان العقد [مما] لا ربا فيه: قسم ما في أحد الجنسين على الآخر، فإن كان ذلك مما لا يتفاوت، قسم البدل فيه على [الأجزاء][(١)]، وإن كان متفاوتًا قسم على [القيمة][(٢)(٣)].

وأما ما فيه الربا: فإنه يقسم على الوجه الذي يصح معه العقد، ولا يقسم على الوجه الذي يفسد؛ لأن القسمة إنما بطلت لتحصيل أحكام العقد، ولا تحصل أحكامه إلا مع صحته، فلم يجز أن يقسم قسمة بطلت بها الأحكام، فيبطل بها العقد وأحكامه.

وإذا كان كذلك، فالقسمة فيما فيه الربا على ضربين:

أحدهما: قسمة الاعتبار: وهو أن يبيع الجنس بجنسه وغير جنسه، (فلا يجوز العقد حتى يكون الجنس المفرد أكثر من جنسه)[(٤)] الذي في مقابلته، فيجعل الجنس بمثله في الوزن إن كان موزونًا، وفي الكيل إن كان مكيلاً،

(١) في ب (الآخر) والمثبت من أ.
(٢) في ب (الوجه) والمثبت من أ.
(٣) انظر: الأصل ٣/٦٧.
(٤) ما بين القوسين ساقطة من أ.

والفضل بالجنس الآخر، وهذا كبيع عشرة دراهم بخمسة ودينار.

وقال الشافعي: لا يصح هذا البيع.

لنا: أن كل عين [٣٧٠/أ] جاز بيعها بجنسها، جاز بجنسها وبغير جنسها كالثياب؛ ولأن أمور المسلمين محمولة على الصحة والجواز ما أمكن [حمل عقودهم على الجواز][(١)] أولى من حملها على الربا والبطلان.

قال: والنوع الآخر من القسمة المخالفة بين المبدلين: وهو أن يبيع جنسين فيهما الربا بجنسيهما وهناك تفاضل، مثل درهمين ودينار بدينارين ودرهم، ومُدَّي حنطة ومُدّ شعير بمُدَّي شعير ومد [حنطة]، فالعقد جائز عندنا، ويجعل كل جنس في مقابلة الجنس الآخر.

وقال الشافعي: البيع باطل[(٢)].

لنا: أن كل جنسين[(٣)] جاز [بيع كل واحد منهما، جاز] وإن اختلفت مقدارهما، كالجص والنورة بالجص والنورة، وكالحديد والصفر [بالحديد والصفر].

قال أبو الحسن: قال مُعَلَّى عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: إذا باع مائة درهم ودينار بألف درهم فهو جائز لا بأس به، وقال ابن أبي ليلى: لا خير في هذا البيع؛ لأنه خداع، قال أبو يوسف: آخذ بقول أبي حنيفة.

وهذا يدل على ما بيّنا من قسمة الاعتبار؛ لأن المائة تجعل بمائة من

(١) في ب (وذلك) والمثبت من أ.

(٢) انظر: المهذب ٣/٧٢.

(٣) في أ (شيئين).




الألف، ألا ترىٰ أن المساواة في الفضة مستحقة بالشرع لقوله ﷺ: **«الفضة بالفضة مثلاً بمثل»**، فيبقىٰ الدينار بتسعمائة درهم، فيجوز بيعه.

وأمّا ابن أبي ليلىٰ فلم يسلك طريق الشافعي في هذه المسألة، وإنما قال: لا يجوز هذا البيع؛ لأن الإنسان في العادة لا يقصد شراء دينار بتسعمائة، فعلم أنه جعل جميع أحد البدلين في مقابلة البدل الآخر.

وقال [عمرو بن أبي عمرو]: سألت محمدًا عن تصارف الناس الفلوس التي تدخل مع الدراهم، قال: هو في الحكم جائز، وأنا أكرهه، قال: قلت: ما قول أبي حنيفة فيه؟ قال: قال أبو حنيفة: لا بأس به، وإنما أراد بهذه الدراهم التي أكثرها نحاس؛ لأن الفلوس لا تصرف مع الدراهم، فإذا باع هذه الدراهم بجنسها متفاضلاً جاز؛ لأن النحاس يجعل بالفضة، والفضة بالنحاس.

وأما محمد [فإنه] كره ذلك؛ لأنها إذا جازت مع الدراهم وجوّزنا التفاضل فيها أَلِفَ الناس التفاضل في هذا [النوع](١)، فاستعملوه فيما لا يجوز.

قال: وإذا اشترىٰ الرجل عشرة دراهم ودينارًا باثني عشر درهمًا وتقابضا، فهو جائز، عشرة بمثلها ودينارًا بالفضل، وهذا علىٰ ما بيّنا في قسمة الاعتبار.

قال: وإذا اشترىٰ دينارًا ودرهمين بدرهمين ودينارين وتقابضا فهو جائز، ويكون الدينار بدرهمين، وديناران بدرهمين، وهذه قسمة المخالفة بين البدلين، وقد بيّناها(٢).

---

(١) في ب (البيع) والمثبت من أ.

(٢) وذكر السرخسي بلفظ (لو اشترىٰ دينارًا أو درهمًا بدينارين أو درهمين، فهو جائز). المبسوط ١٤/٢٣.

قال: ولو استحق الدينار الذي مع الدرهمين [رجع بالدرهمين] اللذَيْن مع الدينارين، ولو استحق الدرهمان اللذان مع الدينارين يرجع بالدينارين اللذين مع الدرهمين؛ وذلك لأن القسمة من طريق الشرع لما أوجبت المخالفة بين البدلين صار كأنهما سمّيا ذلك.

قال: ولو اشترىٰ ثوبًا ونُقْرة[1] فضة بثوب ونُقْرة فضة، فالثوب بالثوب، والفضة بالفضة، فإن كان في واحد منهما فضل فهو مع الثوب بذلك الثوب؛ وذلك لأن المماثلة في الفضة مستحقة، فحمل العقد علىٰ المستحق.

قال: فإن تقابضا قبل أن يتفرقا جاز [ذلك]، وإن تفرقا قبل القبض انتقض من ذلك عشرة بعشرة، وجاز من ذلك الثوب بما في مقابلته؛ لأن حصة الفضة بالفضة صَرْف، فيبطل بالتفرق، وحصة الثوب بيع فلا يبطل بالتفرق.

قال: ولو باع رجل ثوبًا وديناراً بثوب ودرهم، فالثوب بحصته من الثوب [٣٧٠/ب] والدرهم، والدرهم والثوب الآخر بحصته من الثوب والدينار؛ وذلك لأن القسمة علىٰ الحصص لا تؤدي إلىٰ إبطال العقد، فإن افترقا قبل أن يتقابضا بطل في حصة الذهب من الفضة، وحصة الفضة من الذهب، ولزم الثوبان كل واحد منهما بحصته، ولا خيار في ذلك؛ لأن حصة الذهب بالفضة عقد صرف، فيبطل بالافتراق، وحصة الثوب عقد بيع فلا يبطل بالافتراق، ولا خيار لهما في الثوب؛ لأن بطلان العقد في الصرف حصل بفعلهما: وهو الافتراق.

قال: ولو اشترىٰ سيفًا محلىٰ بثوب وعشرة دراهم، ونقد العشرة والثوب ولم يقبض السيف حتىٰ افترقا، فإن البيع وقع وهو جائز، فلما افترقا قبل أن يقبض

(١) «النُّقرة: القطعة المذابة من الذهب أو الفضة، ويقال: نُقرة فضة علىٰ الإضافة للبيان». المغرب (نقر).

كل واحد منهما انتقض البيع كله ؛ لأنه شيء واحد ، فلا يجوز بعضه دون بعض ، وهذا على ما قدمنا أن الحِلية إذا لم تتخلص إلا بضرر ، لم يجز أن يبتدأ العقد في السيف دونها ، فكذلك لا يجوز بقاء العقد.

قال أبو الحسن: وسبيل الحديد بالحديد ، والصُّفْر بالصُّفْر ، [والشَّبَه بالشَّبَه] ، والنُّحَاس بالنُّحَاس ، والرَّصَاص بالرَّصَاص ، وهذا السبيل نجريه مجرى الذهب والفضة ؛ لأن الربا يجري في هذه الأجناس ، والقسمة إنما يراعى فيها زوال الربا.

قال في الأصل: إذا اشترى رجل من رجل مثقالي فضة ومثقالاً من نحاس بمثقالٍ من فضة وثلاثة مثاقيل حديد ، كان جائزًا ، فتكون الفضة بمثلها ، ويكون ما بقي من الفضة والنحاس بذلك الحديد.

وكذلك مثقال صُفْر ومثقال حديد بمثقال صفر ومثقال رصاص ، فالصفر بمثله ، والرصاص بما بقي.

ولو باعه مثقال [نُحاس](١) ومثقال حديد ، بمثقال حديد ومثقال رَصاص جاز ، وحديد هذا بحديد هذا ، ورصاص هذا بنحاس هذا ، وهذا كله من الفضة والذهب في هذه الوجوه سواء ، غير(٢) أن ما سوى الفضة والذهب إذا كان عينًا بعين فافترق من غير قبض ، جاز البيع.

قال: وهذا على ما قدمنا من وجوب القسمة على الوجه المؤدي إلى نفي الربا ، وإنما يعتبر التقابض في الصرف بكل حال ، ولا يعتبر فيما سواه إذا كان المعقود عليه عينًا(٣). والله تعالى أعلم.

---

(١) في ب (صفر نحاس) والمثبت من أ.

(٢) في أ (سواء يستويان ، ما سوى الفضة).

(٣) انظر: الأصل ٣/٦٧ ، ٦٨ ؛ التجريد ٥/٢٣٦٠.

بَابٌ
آخر من الرد بالعيب



قال أبو الحسن: وإذا اشترىٰ الرجل إناء فضة إبريقًا(١)، أو طشتًا، أو حليًا(٢) أو غير ذلك من المَصُوْغ، وهو فضة بفضة أو ذهب، فتقابضا، ثم وجد المشتري بما اشترىٰ عيبًا، فله أن يرده ويرجع بالثمن؛ وذلك لما قدمنا: أن العقد يقتضي صحة المعقود عليه، فإذا وجده معيبًا فقد تغير مقتضىٰ العقد، فوجب الرد.

قال: وإن هلك في يد المشتري أو حدث به عيب آخر، رجع بأرش العيب إن كان الثمن ذهبًا؛ وذلك لأنه إذا حدث به عيب تعذّر الرد من طريق الحكم، ألا ترىٰ أنه خرج من مِلك البائع معيبًا بعيب واحد، فلا يجوز أن يرده معيبًا بعيبين، وكذلك إذا هلك تعذر الفسخ فيه، وتعذر الرد من طريق الحكم يوجب الأرش، وإيجابه ليس فيه أكثر من التفاضل، [٣٧١/أ] وذلك يجوز في الذهب(٣) بالفضة.

قال: وإن كان الثمن فضة دراهم أو غير ذلك لم يرجع بشيء؛ لأنه لو رجع بالأرش لأدّىٰ إلىٰ بيع الفضة بأقل من وزنها، فإذا تعذر الرد ولم يجز أخذ الأرش، سقط الحق.

---

(١) في أ (أو). «والإبريق: وِعاءٌ له أذن وخُرطوم ينصبُّ منه السائل». المعجم الوجيز (برق).

(٢) في أ (قلبًا) موضع (حليًا).

(٣) في أ (في الذهب والفضة).




قال: فإن قال البائع: أنا [أقيله][(١)] بعيبه فله ذلك، فيقال للمشتري: إن شئت فأمسكه ولا شيء لك، وإن شئت رده وخذ الثمن، وسواء في هذا الوجه إن كان الثمن ذهبًا أو فضة؛ وذلك لأن المنع من الرد مع حدوث العيب منع حق البائع، وإذا رضي فقد أسقط حقه، فصار كأنه لم يحدث هذا العيب، فيقال للمشتري: إن شئت فأمسك المبيع ولا شيء لك، وإن شئت فرده.

قال: فإن ردَّه عليه بقضاء قاضٍ ثم افترقا قبل أن يقبض الثمن، فالرد صحيح على حاله، وله أن يأخذ الثمن من البائع.

وإن كان الرد بغير قضاء قاضٍ لم [ينبغ][(٢)] للمشتري أن يفارقه حتى يقبض الثمن، فإن فارقه قبل ذلك بطل الرد، وكان[(٣)] البيع الأول كما كان؛ لأن الرد إذا كان بقضاء فهو فسخ؛ بدلالة أن الشيء دخل في ملكه بغير قبوله ولا رضاه، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود.

وأما إذا كان الرد بغير قضاء فقد دخل الشيء في ملكه بقبوله ورضاه، فهو [كعبد مشترك][(٤)] بينهما، ولهذا لا يملك الرد على بائعه، فيعتبر فيه التقابض.

قال في الأصل: إذا اشترى الرجل سيفًا محلى بدراهم أكثر مما فيه وتقابضا، وتفرقا، ثم وجد بالسيف عيبًا في نصله أو جفنه أو حمائله أو حليته، فله أن يرد بأي ذلك ما كان، فإن رده وقَبِلَه منه صاحبه بغير قضاء قاضٍ، فإنه ينبغي [له] أن لا يفارقه حتى يقبض الثمن، فإن لم يقبله منه إلا بقضاء قاضٍ، لم يضره أن يفارقه

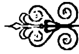
---

(١) في ب (أقبله) والمثبت من أ.

(٢) في النسختين (يتبع) والمثبت يقتضيه السياق.

(٣) في أ (وعاد).

(٤) في ب (كعقد مبتدأ) والمثبت من أ.

قبل قبض الثمن، وهذا على ما بينا[1].

قال: فإن تقا [يلا][2] البيع وقد وجد عيبًا أو لم يجد، فالإقالة[3] جائزة إن تقابضا قبل الافتراق، وإن افترقا قبل القبض بطلت الإقالة، وهذا على قولهم جميعًا، والإقالة والبيع عندهم في هذا المعنى سواء[4].

وأما على قول أبي حنيفة: فلأن الإقالة فسخ في حقهما، بيع في حق الغير، فيعتبر فيها التقابض لحق الله تعالى؛ لأنـ [ـها][5] في حقه بيع.

وأما على قول أبي يوسف: فالإقالة عنده بيع بكل حال، فهو أولى أن يعتبر التقابض.

وأما محمد فعنده: الإقالة إذا وقعت بجنس الثمن الأول، [فهو] فسخ، إلا أنهما متهمان في حق الله تعالى، فيعتبر التقابض لإزالة التهمة.

قال: فإن تقايلا والمبيع إناءٌ، فباعه الذي ملكه بالإقالة قبل أن يقبضه من المشتري أو غيره، لم يجز ذلك في قول أبي يوسف، رواه بشر بن الوليد عنه.

وقال محمد في الجامع الكبير: إذا باعه من المشتري جاز، وإن باعه من غيره لم يجز[6].

---

(١) انظر: الأصل، ٢/٥٩٦.
(٢) في ب (تقابلا) والمثبت من أ.
(٣) فالإقالة: عبارة عن رفع العقد برضا المتعاقدين. انظر: أنيس الفقهاء للقونوي ص٢١٢.
(٤) انظر: الأصل، ٢/٣٩٧.
(٥) في ب (لأنهما) والمثبت من أ.
(٦) انظر: الجامع الكبير ص٢١٤.




وهذا فرع على اختلافهم في الإقالة، فعند أبي يوسف: أنها بيع، وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز من البائع ومن غيره، وعلى أصل محمد: أن الإقالة فسخ، والإبريق مضمون في يد المشتري بنفسه، فجاز بيعه منه، كما يجوز بيع المغصوب من الغاصب، ولا يجوز من غيره.

٢٣٥٥ـ فَصْل: [شراء جنس بجنس آخر، وعلم بعد التقابض أن الثمن زيوف]

قال: وإذا اشترى دينارًا بعشرة دراهم وتقابضا، ثم علم أن العشرة زيوف وقد أنفقها وهو لا يعلم، فلا شيء له على بائع العشرة في قول أبي حنيفة ومحمد، وله في قول أبي يوسف: أن يرد عشرة زيوفًا مثل التي قبض، ويرجع [عليه] بعشرة جياد [ثمن][(١)] الدينار.

وهذه المسألة فرع: على من له على رجل [٣٧١/ب] عشرة [دراهم] جياد، فقضاه رديئة وهو لا يعلم، فقبضها وأنفقها، قال أبو حنيفة: لا يرجع بشيء؛ لأنه لو ردَّ مثل الزيوف ورجع بالجياد، وقع الفسخ على غير ما وقع عليه العقد، وذلك لا يصح، ولا يمكن الرجوع عليه بالنقصان لما في ذلك من الربا، وإن تعذر الفسخ ولم يجب الأرش سقط الحق.

وإذا ثبت هذا الأصل قال في مسألتنا: الصرف يقع على دراهم [مثلها] في الذمة، وإنما يقضي بما يدفع ما في ذمته، فصار كمن قضى دينًا عليه بزيوف [جاز].

وأما أبو يوسف ومحمد فقالا: إن حق صاحب الدين في الوزن والجودة، وقد استوفى حقه في الوزن ولم يستوف حقه في الجودة، ولا يمكن (ذلك)[(٢)]

(١) في ب (تم) والمثبت من أ.

(٢) في أ (استيفاؤه).




إلا برد مثل المقبوض والرجوع بحقه.

والظاهر من هذا: أن محمدًا مع أبي يوسف، وقد ذكره أبو الحسن مع أبي حنيفة، فإما أن يكون عنه روايتان، أو يكون هذا غلط في النقل؛ لأنه لا يمكن الفرق بين المسألتين.

قال: ولو علم أن الدراهم سَتّوْقة[1] بعد الافتراق وقد هلكت في يد مشتريها، فعليه قيمتها والصرف باطل ويرجع بالدينار؛ [وذلك] لأن الستوقة لا يقع بها الاقتضاء في [ثمن][2] الصرف، وقد افترقا من غير قبض، فبطل الصرف ووجب رد الدينار، وصار القابض للستوقة قابضًا لها من غير حق، فيجب عليه قيمتها؛ [وذلك] لأنه لا مثل [لها].

قال: ومما يلحق بهذا الباب، ما لو قالوا في رجل اشترىٰ من رجل دينارًا بعشرة دراهم وأَقَرَّ بائع الدينار باستيفاء ثمن الدينار، ثم جاء بدرهم فذكر أنه زائف، وأنه مما قبض من ثمن الدينار، [وأنكر][3] مشتري الدينار ذلك، فالقول قول المشتري؛ وذلك لأنه لما أقر باستيفاء الثمن والثمن من جنس الجياد، صار مقرًا باستيفاء الجيد[4]، فلا يقبل رجوعه عن إقراره.

وقد قالوا: إنه لو أقام بينة أن هذا الدرهم الزائف من جملة المقبوض لم

---

(١) «السَتُّوق ـ بالفتح ـ: أردأ من البهرج، وعن الكرخي: السَتُّوق عندهم ما كان الصُّفْر أو النحاس هو الغالب الأكبر». المغرب (ستق). انظر: مختار الصحاح (ستق).
(٢) في ب (غير)، والمثبت من أ.
(٣) في ب (وأمكن) والمثبت من أ.
(٤) في أ (الجياد).

تقبل بينته ؛ لأنه أكذبها[1] بإقراره ، ولو لم يكن قد أَقَرَّ باستيفاء ثمن الدينار ، ولكنه أقر بأنه قبض عشرة دراهم كان القول قوله في الزيوف ؛ لأن الدراهم اسم للجياد والزيوف [وغيرها] ، وحقه دراهم بصفة ولم يقر باستيفاء الصفة ، فإن جاء بدرهم سَتُّوقَةٍ يرده ، لم يقبل قوله ؛ لأنه ليس من الدراهم ، وقد أَقَرَّ بقبض الدراهم.

وقد قالوا: إنه إذا أقرَّ بقبض حقه لم يُصَدَّقْ في رَدِّ الزيوف ؛ لأنّ حقه الجياد ، ومن اعترف بقبض الجياد لم يقبل قوله في رجوع عن ذلك ، وكذلك إذا أقر أنه قبض الثمن ؛ لأن الثمن هو الجياد[2] .

وقال ابن سماعة عن محمد: في رجل اشترىٰ من رجل دينارًا بعشرة دراهم وتقابضا ، ثم استحق رجل نصف الدينار ، فإنه يرجع بنصف الدراهم ، ويكون للمشتري نصف الدينار ، ولا يكون له خيار في رد النصف الباقي ؛ لأنه لا ضرر في هذا ، وكذلك نُقْرة الفضة.

وكذلك لو وجد بائع الدينار نصف الدراهم ستوقة ؛ وذلك لأن الشركة في الدراهم والدنانير تعد عينًا ، ألا ترىٰ أنها تنقسم بغير عزم [إذا لم تكن الشركة في جملتها عينًا] ، فكذلك في [أجزائها][3] .

قال: ولو اشترىٰ رجل [من رجل] إناء فضة وزنه عشرة دراهم وقيمته خمسة عشر لصياغته بعشرة دراهم ، وتقابضا ، ثم استحق نصف الإناء فإن مشتريه

---

(١) في ب (آحادها) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٣/٩٣ ، ٩٤.

(٣) في ب (آحادها) والمثبت من أ.

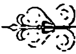
بالخيار: إن شاء رد النصف الباقي ورجع بالثمن، وإن شاء رجع بنصف الثمن وأمسك الباقي؛ وذلك لأن الشركة في الإناء عيب، فله أن يختار إمساك النصف بعينه، وله أن يرده(١).

وقال هشام عن أبي [٣٧٢/أ] يوسف: إن باع دراهم بدينار فقال: قد برئت إليك من كل عيب بهذه الدراهم، فوجد فيها ستوقًا، قال: لا يبرأ، وإن وجد فيها زائفًا بُرِئَ؛ لأن الستوقة من غير جنس الدراهم، وهو إنما يبرأ من عيب بالدراهم، فالزيوف من جنس الدراهم إلاّ أنها معيبة، فيبرأ من عيبها بالشرط.

وقال هشام عن محمد: في رجل في كفّه دراهم، [فقال] للصيرفي: أبيعك هذه الدراهم ـ وأراها إياه ـ بدينار، فرضي بذلك وتقابضا وافترقا، ثم قال الصيرفي: في دراهمك زيوف، قال: يبدلها له؛ وذلك لأن رؤية العين لا تسقط خيار العيب فيها وإن أشار في العقد إلىٰ عين الدراهم، فإنما يقع عندنا علىٰ دراهم في الذمة، فكأنّه أطلق الدراهم، فيستحق الجياد، قال محمد: كان ينبغي أن يقول: هي زيوف؛ لأنه إذا قال ذلك، فقد تبرأ من عيبها.

وقال ابن سماعة عن محمد: في رجل اشترىٰ من رجل دنانير بدراهم وقبض الدنانير، فباعها من رجل آخر ودفعها إليه وقبض الدراهم منه، ثم وجد بالدنانير عيبًا فردَّها علىٰ بائعه الأوسط، فقبلها البائع الأوسط بغير قضاء قاضٍ، جاز له أن يردّها بذلك العيب علىٰ بائعه الأول، ولا يشبه الصرف في هذا العروض؛ وذلك لأن الدنانير لا يقع العقد علىٰ أعيانها، وإنما يقع علىٰ مثلها في الذمة، ثم تقبض العين قضاء عَمَّا في الذمة؛ بدلالة أنه لو ردّها بعيب في المجلس

(١) انظر: الأصل ٩٣/٣.




[لم] ينفسخ الصرف، فإذا لم يملك المقبوضة بالعقد، وإنما يملك بالقبض، انفسخ القبض فيها بالرد، فعادت إلىٰ الملك الأول، فكان لمن عادت إليه أن يردها، وليس كذلك العروض؛ لأنها تملك بالعقد، فإذا ردّها بغير قضاء لم ينتقل الملك فيها بالرد، وإنما ينتقل بالتراضي، وذلك عقد مبتدأ بينهما.

يبيّن ذلك: أن بائع العروض إذا امتنع من قبولها بالعيب، لم تعد إلىٰ ملكه إلا بقضاء، وبائع الدراهم تعود إلىٰ ملكه بالرد من غير تراضٍ.

وقال في الأصل: فيمن اشترىٰ إناء فضةٍ ولم يشترط أن فضته جيدة ولا رديئة، فإذا هو غير فضة، فإنه لم يقع بينهما [ملك ولا] بيع، [ويرد ذلك](١)؛ لأن عدم جنس المعقود عليه يوجب فساد العقد.

قال: ولو كانت فضة سوداء أو حمراء فيها رصاص أو صفر هو الذي أفسدها، فهو بالخيار؛ لأن الجنس موجود وبه عيب.

قال: فإن كانت الفضة رديئة من غير غش فيها، فليس له أن يردّها(٢)؛ لأن الرداءة من غير غِشّ ليس بعيب، وإنما هو جنس فلا يوجب الرد.



(١) انظر: الأصل ٣/٩٥.

(٢) المصدر السابق نفسه.

بَابُ
في بيع الفلوس

قال أبو الحسن: قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: الفلوس[1] والدراهم والدنانير أثمان الأشياء، لا تتعين في البيع وإن شرط المتبايعان، ويكون ما أوجب كل واحد منهما في العقد علىٰ نفسه دينًا في ذمته، ولا يجبر واحد منهما علىٰ تسليم ما شرط من العين، إن شاء أعطىٰ العين، [وإن شاء أعطىٰ مثلها، وليس للمشترىٰ منه أن يجبره علىٰ تسليم] العين إليه، والخيار في ذلك إلىٰ البائع دون المشتري؛ [وذلك] لأن الفلوس النافقة لا فائدة في تعيينها، فصارت كالدراهم والدنانير، وإذا لم تتعين فالعاقد بالخيار: إن شاء سلّم ما أشار إليه، وإن شاء سَلّم غيره، وإن هلكت لم ينفسخ العقد بهلاكها؛ لأنه لم يقع عليها.

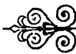
قال: فإن افترقا قبل أن يقبض أحدهما، وقد شرط كل واحد منهما عينًا بطل البيع؛ لأنهما افترقا عن دين بدين، وهذا علىٰ ما قدمنا أن العقد لا يتناول أعيانها[2].

قال: وإن هلك ما عَيَّنَ كل واحد منهما قبل القبض والافتراق، فالبيع علىٰ حاله، وكذلك إن استحقه مستحق أو رَدَّ كل واحد منهما ما اشترىٰ بعيب قبل القبض والافتراق، فالبيع [٣٧٢/ب] علىٰ حاله؛ وكذلك لأن المستحق لم يقع

---

(١) الفَلْسُ: عملة يتعامل بها، مضروبة من غير الذهب والفضة، وكانت تقدر بسدس الدرهم، وهي تساوي اليوم جزءًا من ألف من الدينار في العراق وغيره، «وجمعه في أفلس، وفي الكثرة فلوس». المعجم الوجيز؛ المصباح (فلس).

(٢) انظر: الأصل ٣/٧، ٨.




العقد على عينه، فاستحقاقه يبطل القبض فيه، فيبقى ما في الذمة لحاله.

قال: فإن تقابضا وتفرقا ثم استحق ما في يد أحدهما أو رده بعيب، فهو كذلك يرجع بمثله، والبيع صحيح على حاله؛ وذلك لأنه استحق أحد المقبوضين، فقد افترقا عن عين بدين، والافتراق عن عين بدين في الفلوس جائز؛ لأن التقابض فيها ليس بشرط كالصرف؛ لأنها ليست من جنس الدراهم والدنانير، [والتقابض في المجلس يختص بذلك.

قال: كانت الفلوس بيعًا بالدراهم]، أو كانت الدراهم بيعت بالدنانير، أو الدنانير بيعت بالدراهم، فهو سواء في جميع ما ذكرت لك ما خلا الدراهم بالدراهم أو بالدنانير، فإن ذلك صَرْفٌ لا بد من أن يتقابضا [جميعًا] قبل أن يتفرقا.

وإنما يعني أنهما سواء في عدم التعيين، وأن العقد لا يبطل بالهلاك والاستحقاق قبل القبض.

فأما التقابض فيعتبر في الصرف على ما قدمنا، ولا يجب في الفلوس لأنها بمنزلة العروض.

قال: فإن كانت الفلوس بعضها ببعض وفي أحدهما فضل عن الآخر، فلا يصح البيع فيهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن يكون الكل عينًا بعين، وإن كان أحدهما بعينه والآخر بغير عينه فإنه لا يجوز، روى ذلك ابن سماعة وبشر بن الوليد و[حبّان][1] بن بشر وعلِيّ بن الجعد عن أبي يوسف.

وقال محمد: لا يجوز بيع الفلوس متفاضلة، وإن شرط عينًا بعين؛ لأنها لا تتعين إذا عينت.

---

(١) في ب (حسان) والمثبت من أ. كما في الجواهر المضية، ٢/٣١.

والكلام في هذه المسألة يقع في فصلين:

أحدهما: إذا باع فِلْسًا بفلسين بأعيانهما جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز.

لهما: إن في تعيينها فائدة إذا لاقت جنسها، وهو ما يتعلق بالتعيين من صحة العقد، فصارت كالعروض.

لمحمد: أنها [أثمان][1]، فلا تتعيّن كالدراهم.

وأما إذا باع فِلْسًا بفلسين بغير أعيانهما، لم يجز في الرواية المشهورة عنهم[2]، وروي عن أبي يوسف: أنه يجوز.

وجه قولهم المشهور: أنها إذا لم تتعين وقع العقد علىٰ غير فلوس في الذمة، والدَّينان إذا التقيا في الذمة من جنس واحد صار أحدهما قصاصًا بالآخر، ومتىٰ صار أحد الفلسين قصاصًا بالآخر بقي الفلس الآخر مأخوذًا بغير حق، فلا يجوز.

وجه قول أبي يوسف: أن ما جاز التفاضل فيه إذا كان عينًا، جاز وإن لم يتعين كالمعدودات.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا باع فلسًا بفلسين بأعيانهما فهلك بعضها انفسخ العقد [فيه]؛ لأنها تعينت عندهما حتىٰ صَحَّ العقد، والتعيين يوجب فسخ العقد بالهلاك، فكذلك إن ردت بعيب أو استحقت يبطل البيع، وإن كان باع بعضها ببعض غير متفاضل لم ينفسخ العقد بهلاكها؛ لأنها لا تتعين عند

(١) في ب (اسمان).
(٢) انظر: الأصل ٣/١١.




التساوي؛ إذ لا فائدة في تعيينها، وإذا لم تتعين لم يبطل العقد بهلاكها.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل اشترىٰ من رجل فلسًا بفلسين: كان جائزًا بعينه أو بغير عينه(١)، فإن تقابضا قبل أن يتفرقا فهو جائز، وإن افترقا قبل أن يتقابضا بطل؛ لأنه دين بدين، فلا يجوز، فإن قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فهو جائز، ويصير الآخر دينًا؛ وذلك لما بيّنا أن التقابض غير معتبر في الفلوس، (إلا أنها إذا لم تتعين في العقد فقد افترقا عن دين بدين، والافتراق عن دين بدين لا يجوز، فإذا قبض أحدهما فقد افترقا عن عين بدين، وذلك جائز)(٢).

قال: وله أن يدفع إليه [٣٧٣/أ] الفلوس الذي أخذ منه؛ لأنّ عليه فلسًا وهذا فلس، فله أن يدفعه وهو صحيح؛ لأن العقد لم يقع علىٰ هذا الفلس المقبوض، وإنما وقع [علىٰ] فلس في الذمة، فصار كمن اشترىٰ فلسًا بفلس ثم استقرض من البائع فلسًا فسلمه إليه(٣).

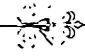
وقد روىٰ محمد في الإملاء: إذا اشترىٰ رجل من رجل فلوسًا وتقابضا، علىٰ أن كل واحد منهما بالخيار فيما باع وفيما اشترىٰ وتفرقا علىٰ ذلك، فالبيع فاسد؛ [وذلك] لأن القبض معتبر، وشرط الخيار يمنع صحة القبض؛ لأن كل واحد منهما لا يملك ما قبضه.

وإن تقابضا وأحدهما بالخيار ثلاثة أيام فيما باع، والآخر لا خيار له، فالبيع

(١) وفي رواية محمد في الأصل: (بأعيانهما)، ١٢/٣.

(٢) في أ العبارة: (.. إلا أنها لم تتعين بالعقد، فقد افترقا عن عين بدين، والافتراق عن عين بدين في غير الصرف جائز).

(٣) في أ (فلوسًا وسلَّم إليه).

جائز ؛ وذلك لأن شرط الخيار يمنع صحة القبض في أحد البدلين ، وقد بيّنا أن الفلوس لا يعتبر فيها القبض في البدلين ، وإنما يعتبر في أحدهما حتىٰ لا يفترقا عن دين بدين .

قالوا : فلو كان أحدهما قبض ما اشترىٰ والآخر لم يقبض ، واشترط أحدهما الخيار ثلاثة أيام ثم افترقا علىٰ ذلك ، فإن كان الذي قبض ما اشترىٰ هو الذي اشترط الخيار ، فالبيع جائز فيما بينهما ؛ لأنه قد ملك ما قبض ، فكأنه قبضه بغير خيار .

وإن كان الذي اشترط الخيار هو الذي لم يقبض ما اشترىٰ ، فالبيع فاسد ؛ لأنه إذا اشترط الخيار (ولم يقبض ؛ فالآخر)[1] لم يملك ما قبض ، فيحصل الافتراق عن دين بدين .

قال : وهذا ينبغي أن يكون علىٰ أصل محمد خاصة : في أن الخيار المشروط للمشتري [لا يمنع دخول المبيع في ملكه علىٰ قوله وقول أبي يوسف ، فأمّا علىٰ قول أبي حنيفة ، فالخيار المشروط] [يمنع الملك في البدلين][2] ، فيمنع صحة القبض هاهنا ، وينبغي علىٰ قول أبي حنيفة وأبي يوسف في بيع فلس بفلسين بأعيانهما أن يجوز شرط الخيار ؛ لأنها تعينت عندهما [بالتعيين ، فصار كسائر الأعيان ، فيجوز أن يشترط الخيار فيهما][3] .

وقد ذكر ابن شجاع عن الحسن عن زفر : فيمن اشترىٰ من رجل مائة فلس

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٢) في ب (للمشتري يمنع دخول المبيع في ملكه) والمثبت من أ.

(٣) في ب (بالعقد) والمثبت وما بعده من أ.




بدرهم وليس عند البائع [فلوس][١]، أن البيع باطل.

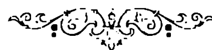
وإذا اشترىٰ مائة فلس بعينها بدرهم نسيئة أو نقدًا أن البيع جائز، قبضها قبل أن يفترقا أو لم يقبض، فإن استحقت قبل أن يقبضها أو بعدما قبضها، انتقض البيع فيها.

وإن اشترىٰ فلوسًا بعينها بدرهم بعينه فاستحقت الفلوس انتقض العقد، فإن استحق الدرهم كان علىٰ المشتري درهم مكانه، وهذا مقتضىٰ من مذهب زفر، أن الفلوس كالعروض تتعين بالعقد ولا يجوز بيعها بغير عينها في غير السَّلَم.

وقد قال زفر: في رجل اشترىٰ من رجل شيئًا من الفاكهة بفلوس بعينها، أن البيع جائز، ويجبر علىٰ أن يدفع الفلوس بعينها، وإن استحقت الفلوس أو كانت كاسدة[٢] كان عليه بدلها.

وهذا خروج عن أصله؛ لأنه كان يجب أن [لا] يجبر علىٰ دفعها بعينها إذا لم يبطل العقد بهلاكها، وقد أنكر هذا القول ابن شجاع للمعنىٰ الذي ذكرنا.

وقال زفر في رجل قال لآخر: أبيعك هذه الدراهم بمائة فلسٍ بغير أعيانها، إن البيع فاسد. فكان المحصل من قول زفر: أن الفلوس كالحنطة إذا عينت تعينت، وإذا كان في مقابلتها العروض ولم تعين كانت ثمنًا، وإن جعل في مقابلتها الدراهم المعيّنة كانت مبيعة.



(١) في ب (فلس) والمثبت من أ.
(٢) في أ (رديئة).

بَابُ
الاستقراض وما يجوز منه وما لا يجوز



قال أبو الحسن: كل ما يكال أو يوزن مما على مستهلكه مثله إذا استهلكه فقرضه جائز، الدراهم والدنانير والفلوس، والحنطة والشعير والأرز، وسائر الحبوب، وكذلك الأدهان، والزعفران، والقطن والكتان، وسائر ما يباع موازنة ومكايلة بالقفيز والرطل، فقرضه جائز، وكذلك ما يُعَدُّ مما لا يتفاوت تفاوتًا كثيرًا، [مثل الحيوان والبيض.

قال الشيخ رضي الله عنه: وجملة هذا: أن كل ما يجب على مستهلكه مثله]، فقرضه جائز؛ لأن القرض يوجب ضمان الشيء بمثله، فما كان له مثل فضمان القرض فيه ممكن، فجاز إقراضه، وما لا يجب على مستهلكه مثله، لا يوجب الضمان [٣٧٣/ب] الذي يقتضيه القرض [فيه]، فلم يصح إقراضه.

وقد قال أصحابنا: إن قرض الحيوان لا يجوز، وقال الشافعي: يجوز إلا الجواري[(١)].

لنا: أنه لا يجب على مستهلكه مثله، فلا يصح قرضه، كالجواري، والذي روي (**أن النبي ﷺ استقرض بكرًا**)[(٢)] فإنما استقرض ذلك على بيت المال بدلالة أنه شرط ﷺ رده من الزكاة، ويجوز أن يكون استسلفه عليها.

---

(١) انظر: المهذب ٣/١٨٥.

(٢) أخرجه مسلم بلفظ: (استسلف من رجل بكراً...) (١٦٠٠).




والأصل في جواز القرض قوله ﷺ: «**قرض مرتين صدقة مرة**»(١)، وروي أنه ﷺ اقترض دراهم فردها وأرجح في الوزن، فقال له المقرض: إنها أرجح من حقي، فقال: «**هكذا نزن**»(٢)، وهو فعل المسلمين من غير خلاف.

قال: [وكل قرض جرّ منفعة فإنه لا يجوز؛ لما روي عنه ﷺ أنه قال]: «**كل قرض جرّ منفعة فهو ربًا**»(٣)؛ ولأن القرض تمليك الشيء بمثله، فإذا جَرَّ منفعة صار كأنه استزاد في التمليك الذي يتعلق به الربا، وذلك لا يجوز؛ ولأن المقصود منه التبرع، والمنفعة تخرجه عن موضوعه، وإنما تكره المنفعة التي يوجبها عقد القرض، مثل أن يقرضه غَلة على أن يرد صحاحًا؛ وذلك لأن هذا لو صَحَّ وجبت المنفعة بالقرض، وذلك ممنوع منه، وأمّا إذا لم يشترط المنفعة فأعطى الذي عليه الحق أجود مما أخذ، فلا بأس؛ لأن المنفعة لم يوجبها القرض وإنما تبرع بها المقرض فهو كالرجحان الذي دفعه ﷺ في بدل القرض.

وقد روي عن ابن عمر (**أنه كان يستقرض، فإذا خرج عطاءه [أعطى أجود مما أخذ**(٤))].

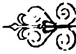
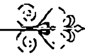
---

(١) أخرج البزار في مسنده عن ابن مسعود مرفوعاً بلفظه ٥/٤٤؛ وأورده الديلمي في الفردوس من حديث أنس رضي الله عنه ٣/٢٢١؛ وابن المبارك من قول علقمة. الزهد لابن المبارك ١/٢٦٧.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة عن علقمة موقوفًا، ٤/٤٧٢؛ والبزار في مسنده مرفوعًا ٥/٤٤، ٦٤.

(٣) أورده العجلوني في كشف الخفاء وقال: «رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده عن علي رفعه، قال في التمييز: وإسناده ساقط، والمشهور على الألسنة: كل قرض...» ٢/١٦٤؛ ولكن روى معناه موقوفًا عن ابن مسعود، وأبي بن كعب، وعبد الله بن سلام، وابن عباس، وفضالة بن عبيد رضي الله عنهم، كما روي عن عدد من التابعين. انظر: السنن الكبرى للبيهقي ٥/٣٤٩؛ ونصب الراية للزيلعي ٤/٦٠؛ والتلخيص الحبير لابن حجر ٣/٣٤.

(٤) روي نحوه عن الأسود بن يزيد، كما أخرجه ابن حبان في صحيحه ١١/٤١٨؛ والهيثمي في موارد الظمآن ١/٢١٨.

وروي (أن عمر بن الخطاب ﷺ أقرض أُبي بن كعب مالاً، فأهدىٰ إليه رطبًا فردّه، فقال له أُبي: إن هذا مالك ابعث من يأخذه، فقال عمر: ردّ إلينا هديّتنا)(١). فردّ الهدية لما ظنّ أن ذلك لأجل القرض، فلما علم أنه غير متعلق بالقرض أخذها.

والذي حكي أن أبا حنيفة أقرض رجلاً مالاً، ثم جاء يقبضه، فلم يقف في ظل حائطه ووقف في الشمس حتىٰ أخرج إليه المال.

فلا أصل له؛ وأبو حنيفة أفقه من ذلك؛ لأن الوقوف تحت ظل الحائط ليس بمنفعة بالملك، ولا أوجبها القرض، ولو منع من ذلك لمنع من الجلوس في سراجه؛ لأنه انتفاع به، وهذا لا شبهة فيه.

فإن أقرضه شيئًا مما يجوز فيه القرض إلىٰ أجل شرطه في نفس القرض، فالأجل باطل، والمال حال، وكذلك إن أقرضه بغير أجل ثم أخذ بعد ذلك بما أقرض، فالتأخير باطل، وله أن يأخذه به حالاً؛ وذلك لأن العين المردودة في القرض قد جعلت في الحكم كأنها نفس العين المأخوذة، لولا ذلك لكان تمليك دراهم بدراهم لم تقبض في المجلس، وإذا جعلت كالعين والتأجيل في الأعيان لا يصح؛ ولأن التأجيل يبطل معنىٰ التبرع فيها، فيصير كمن باع دراهم بدراهم نَساءً، وإذا ثبت أن التأجيل لا يجوز ابتداءً، لم يلحق به؛ لأن الأجل الملحق في حكم المذكور في حال العقد.

---

(١) الأثر أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٨/١٤٢؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٥/٣٤٩. ويتضح بهذا بأن المنفعة إذا كانت مشروطة في الإقراض، فهو قرض جرّ منفعة، وإن لم تكن مشروطة، فلا بأس به. انظر: المبسوط ١٤/٣٥.




وقد قال أصحابنا: إن السفاتج الذي يعمل بها التُّجار مكروهة ؛ لأنه يقترض دراهم بمثلها وينتفع بإسقاط الخطر في الطريق، فيصير في حكم القرض الذي يجر منفعة.

وروي عن زينب امرأة عبد الله أنها قالت: أعطاني رسول الله ﷺ جداد خمسين وسقًا من تمر خيبر، وعشرين وسقًا من شعير، فقال لي عاصم بن عدي: أعطيك تمرًا هاهنا وأوفه[1] تمرك بخيبر، فقالت: حتىٰ أسأل عن ذلك، فسألت عمر بن الخطاب فنهانا عنه، وقال: كيف بالضمان فيما بين ذلك[2].

والذي روي عن ابن عباس **(أنه كان يقرض بالمدينة علىٰ أن يرد بالكوفة)**[3]، وعن ابن الزبير مثل ذلك، فيحتمل أن يكون استقرض قرضًا مطلقًا، ثم كتب السفتجة، وهذا لا يكره أن يأخذ المال علىٰ أن يؤديه في موضع كذا، فتصير المنفعة مشروطة في العقد.

ويجوز أن يكون ابن عباس فعل ذلك علىٰ أصله: أن الربا لا يثبت إلا في النسيئة، ثم رجع عن ذلك.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: روىٰ معلىٰ عن أبي يوسف: أن قرض الخبز فاسد، وكذلك قال أبو يوسف: لا خير في قرض الخبز عندنا.

---

(١) في المبسوط للسرخسي ١٤/٣٥ (وآخذ)؛ والمغرب (وأتوفي) ٢/٣٦٣.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤/٣٥٨؛ قال السرخسي: إن هذا إن كان بطريق البيع، فاشتراط إيفاء بدل له حمل ومؤونة في مكان آخر، مبطل للبيع، وهو مبادلة التمر بالتمر نسيئة، وذلك لا يجوز، وإن كان بطريق الاستقراض، فهذا قرض جرّ منفعة، وهو إسقاط خطر الطريق عن نفسه ومؤونة الحمل، ونهىٰ رسول الله ﷺ عن قرض جرّ منفعة، وسماه ربا. انظر: المبسوط ١٤/٣٥.

(٣) أورده الكاساني في البدائع ٧/٣٩٥.

وروىٰ ابن رستم عن محمد عن أبي حنيفة: أنه كان لا يجيز السلم في الخبز، ويكره قرضه؛ لأنه لا يقام علىٰ حدة.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: قوله: إنه][1] لا يقام علىٰ حدة دلالة علىٰ أن قرض الخبز وزنًا لا يجوز، ولا اختلاف عن أبي حنيفة أن السلم في الخبز لا يجوز.

وروىٰ هشام عن محمد: أنه لم يرَ بقرض الخبز بأسًا.

وقال هشام في نوادره: سألت محمداً عن قرض الخبز وزنًا فرأيته كره[2] ذلك واستعظمه، وقال: لا بأس بقرضه عددًا.

أما السلم في الخبز فلا يجوز في قولهم؛ [وذلك] لأنه يختلف بالعجن والنضج وكيفية الخبز، ومنه الثخين ومنه الخفيف، وفي كل واحد من ذلك غرض مقصود، فلا يجوز السَّلَم [فيه] مع التفاوت.

وأما القرض: فوجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف: أن السَّلَمَ أوسع [بابًا] من القرض؛ بدلالة أن الثياب يجوز السلم فيها، ولا يجوز قرضها، فإذا لم يجز السلم في الخبز فالقرض أولىٰ.

لمحمد: أن العادة قد جرت باستقراض الخبز من غير نكير، فجوَّزه للعادة[3].

---

(١) ما بين المعقوفتين سقطت من ب، والمثبت من أ.

(٢) في أ (نفر).

(٣) انظر: الهداية ٦٦/٣؛ والبدائع ٢١١/٥.




قال هشام: أخبرنا عبد الكريم الجرجاني ، عمن ذكره عن إبراهيم: أنه سأله عن أهل بيت يقرضون الرغيف فيأخذون أصغر منه أو أكبر ، فقال: لا بأس به.

فأما الذي ذكره هشام عن محمد: أنه استعظم قرضه وزنًا ، فقد حمله أبو الحسن علىٰ أنه استعظم قول من قال: لا يجوز إلا وزنًا ؛ لأن العادة قد جرت بالعدد ، فإذا جاز عددًا فالوزن أولىٰ.

وإن حملنا قول محمد علىٰ ظاهره ، فلأن القياس يمنع من جواز إقراضه ، وإنما تركنا القياس للعادة ، ولم تجر العادة باقتراضه وزنًا ، وإنما جرت باقتراضه عددًا ، فَجوَّز من ذلك مقدار ما جرت به العادة [والعادة لم تجر به وزنًا].



بَابُ
استقراض الفلوس والدراهم المحمول عليهما مثل البخارية والطبرية واليزيدية وغير ذلك



قال أبو الحسن: وإذا استقرض الرجل من الرجل دراهم بخارية أو طبرية أو يزيدية، أو فلوسًا في الحال التي تتفق فيها، ثم كسدت، فإن بشر ابن الوليد قال: سمعت أبا يوسف قال: عليه في قياس قول أبي حنيفة مثلها، ولست أروي ذلك عنه، ولكني أرويه في الفلوس إذا أقرضها ثم كسدت.

قال أبو الحسن: لم يختلف عن أبي حنيفة في قرض الفلوس إذا كسدت أن عليه مثلها، قال بشر وقال أبو يوسف: [٣٧٤/أ] عليه [قيمتها من الذهب يوم وقع القرض في الدراهم التي ذكرت لك أمثالها.

وقال محمد: عليه] قيمتها إذا كسدت في آخر وقت نفاقها قبل أن تكسد.

لأبي حنيفة: أن القرض يقتضي ضمان المقرض بمثله، ورد المثل ممكن، فلم يجز العدول إلىٰ قيمته؛ ولأن الكساد يوجب [تغيير سعرها](١)، وهذا المعنىٰ لا يوجب الانتقال إلىٰ قيمتها، كما لو رخصت، ولأن كساد الفلوس يخرجها عن كونها ثمنًا، ولا يمنع من ابتداء استقراضها، فإذا جاز أن يستقرضها بعد الكساد ابتداءً فلأن يجوز البقاء أولىٰ.

وجه قولهما: أن الكساد يخرجها من حكم جنسها؛ بدلالة أنها كانت أثمانًا

(١) في ب (تسعيرها) والمثبت من أ.




فصارت بمنزلة العروض، فتعذر الرد على الوجه الذي وقع عليه القرض، فوجب القيمة.

ثم اختلفا في وقت القيمة بحسب اختلافهم فيمن غصب ما له مثلٌ من الفواكه وانقطع من أيدي الناس، قال أبو يوسف: تجب قيمته يوم غصبه، وقال محمد: آخر ما انقطع.

وهذه المسألة [تجيء] في موضعها، فإذا ثبت من قول أبي حنيفة في قرض الفلوس ما ذكرنا فالدراهم البخارية فلوس على صفة مخصوصة، والطبرية واليزيدية هما التي يغلب الغش عليها، فتجري مجرى الفلوس؛ فلذلك قاسها أبو يوسف على الفلوس، قال: ولو أن رجلاً استقرض من رجل دراهم بخارية ببخارى، والدراهم ببخارى مختلفة، فهو جائز، وله عليه في القرض مثل ما [قبض][1]، فإن التقيا في بلد لا يقدر على البخارية [أجله] في القرض قدر المسافة ذاهبًا وجائيًا حتى يعطيه مثلها، ويستوثق منه.

وقال في موضع آخر: إن استقرض [دراهم] بخارية فالتقيا في بلد لا ينفق فيه، فعليه قيمتها من الذهب.

قال أبو الحسن: المسألة الأولى محمولة على أنهما التقيا في بلد ينفق [مثلها] فيه ولم توجد، فأجله، وفي المسألة الأخرى: لا ينفق [فيه] فعليه قيمتها من الذهب؛ وذلك لأنها إن كانت نافقة فلم تتغير [في الذمة]، فكان عليه أن ينتظر به إمكان الأداء، وإذا لم ينفق فقد تغيرت في الذمة، فانتقل إلى قيمتها.

---

(١) في ب (قبل) والمثبت من أ.

قال: وهذا الذي ذكره من التأجيل يجب أن يكون برضا صاحب الحق، فإن لم يرض بذلك كان له القيمة؛ لأنه يلحقه ضرر بتأخر حقه بعد[1] وجوبه[2]، فصار كالرطب إذا انقطع فكان الخيار لصاحب الحق: إن شاء أخر حقه، وإن شاء طالب بالقيمة.

وقال بشر: سمعت أبا يوسف قال في رجل استقرض من رجل ألف درهم مكحلة أو مزيفة وهي تنفق بين الناس: إني أكره ذلك، وأكره إنفاقها؛ لأنها فساد [وغش][3] للعامة، وعلى المستقرض مثلها، فإن نهى عنها وكسدت فعليه قيمتها من الذهب؛ وذلك لأن المكحلة والمزيفة دراهم فيها غش، ففي التصرف فيها [تدليس][4] على الناس، فيكره لذلك.

فإذا كسدت لزمه مثلها في القرض عند أبي حنيفة، والقيمة عند أبي يوسف ومحمد على اختلافهم في الفلوس، وقد بيّنا.

٢٣٥٦ ـ فَصْل: [الشراء بفلوس كاسدة]

وإذا اشترى مبيعاً بفلوس كاسدة أو بدراهم طبرية أو بخارية، أو مكحلة أو مزيفة في موضع لا ينفق، فالبيع فاسد إذا كانت بغير عينها، فإن كانت بعينها جاز؛ لأنها إذا كسدت فهي في حكم العروض، والشراء بعروض بغير عينها لا يجوز.

وأما إذا اشترى بها وهي نافقة ثم كسدت، فسد البيع في قول أبي حنيفة،

---

(١) في أ (بتأخير حقه، فعزم بعد وجوده).

(٢) في أ (غش).

(٣) في ب (بخس) والمثبت من أ.

(٤) في ب (تلبيس) والمثبت من أ.

فإن كان المبيع قائمًا بعينه[1] ردَّه المشتري على البائع، وإن كان مستهلكًا وجب قيمته.

وقال أبو يوسف ومحمد: على المشتري قيمة الفلوس، عند أبي يوسف يوم الشراء، وعند محمد آخر ما كانت نافقة.

لأبي حنيفة: أن الفلوس إذا كسدت صارت مبيعة بعد أن كانت ثمنًا، وشراء مبيع بغير عينه لا يجوز، ففسد العقد.

وعلى قولهما: ثبتت في الذمة، ثم تعذر [٣٧٤/ب] تسليمها فصارت كالفاكهة إذا انقطعت من أيدي الناس.

وقد قالوا: فيمن له على رجل دراهم جياد، فأخذ منه مزيفة أو مكحلة، ورضي بذلك جاز؛ لأنه حَطَّ بعض حقه، فكأنّه أخذ ناقصًا في الوزن.

قال: وأكره أن يرضى بذلك، وأن ينفقه، وأن يشتري به وإن بيّن ذلك، وكذلك الزيوف والنبهرجة والستوقة أكره إنفاقها وإن بيّن، وإن تجاوز فيها البائع والمقتضي من قِبَل أن في إنفاقها ضررًا على العوام، وما كان ضرره عامًا فهو مكروه وليس يصلحه تراضي هذين الحاضرين، من قِبَلِ ما يتحرز به من الدُّلْسة[2] على الجاهل به، ومن الفاجر الذي لا يتحرج.

قال أبو يوسف: وكل شيء من ذلك لا يجوز بين الناس، فإنه ينبغي أن يقطع ويعاقب صاحبه إذا أنفقه وهو يعرفه. والله أعلم.

---

(١) في أ (كلها بعينه).

(٢) والدُّلْسَة ـ بالضم ـ: الخديعة، وأصله من الدَّلَس: وهو الظلمة، ومنه: «دَلَّس البائع تدليسًا: كتم عيبَ السلعة من المشتري وأخفاه. قاله الخطابي وجماعة». المصباح (دلس).

بَابُ
الصرف في دار الحرب



قال أبو الحسن: وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان، أو كان أسيرًا[1] في أيديهم، أو رجل [أسلم] من أهل دار الحرب في دار الحرب وهو مقيم فيها، فباع أحد مما ذكرنا من أهل الحرب درهمًا بدرهمين أو دينارًا بدينارين وكان ذلك نقدًا أو نسيئة، فإن البيع جائز عند أبي حنيفة ومحمد، وكذلك الذمي يدخل إليهم بأمان[2].

وقال أبو يوسف: لا يجوز للمسلم في دار الحرب إلا ما يجوز في دار الإسلام.

وجه قولهما: ما روى مكحول أن النبي ﷺ قال: «**لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب**»[3]، والمرسل عندنا من الثقة كالمتصل في جواز الاحتجاج به، وروي أن النبي ﷺ خطب بمكة فقال: «**كل مأثرة ودم كان في الجاهلية فهو موضوع تحت قدمي، وأول دم أضعه دم الحارث بن عبد المطلب، وكل ربا كان في الجاهلية فهو موضوع تحت قدمي، وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب**»[4]، وكان العباس مسلمًا أربى بمكة، فأبطل النبي ﷺ من ذلك

---

(١) في أ (اشترى).

(٢) انظر: الأصل ٧١/٣.

(٣) قال الزيلعي: «غريب، وأسند البيهقي في المعرفة في كتاب السير عن الشافعي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن بعض المشيخة عن مكحول عن النبي ﷺ... الحديث، ثم قال الشافعي: وهذا ليس بثابت ولا حجة فيه». نصب الراية، ٤٤/٤.

(٤) والحديث في صحيح مسلم من حديث جابر الطويل؛ وأخرج أبو داود (٣٣٣٤)؛ والنسائي=

ما لم يقبض ولم يتعرض لما قبض، فدَلَّ على أن الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب جائز؛ ولأن مال الحربي على أصل الإباحة؛ بدلالة أن من أتلفه لم يلزمه الضمان، ومن أخذه مَلَكَه، وإنما منع المسلم من أخذه لما فيه من خفر الأمان، فإذا عاقدهم فقد تراضوا، فزال خفر الأمان، وصار أخذًا لمالهم على حكم الإباحة، فكأنه أخذه بغير عقد.

وعلى هذا قالوا: إذا أعطى المسلم درهمين بدرهم جاز؛ لأنّ التمليك[1] لما لم يتعلق بالبيع صار كأنه وهب للحربي درهمين، فوهب له الحربي درهمًا.

لأبي يوسف: أنه عَقْدٌ لا يجوز بين المسلمين، فلا يجوز بين المسلم والحربي، كما لو كانا في [دار الإسلام][2].

وهذا ليس بصحيح؛ لأن الحربي إذا دخل إلينا بأمان صار ماله محظورًا، فما يؤخذ منه إنما يؤخذ بحكم العقد، فلا يجوز فيه التفاضل.

٢٣٥٧ ـ فَصْل: [معاملة المسلم مع المسلم الحربي بالربا]

وأمّا إذا أسلم الحربي ولم يخرج إلى دار الإسلام حتى بايعه المسلم درهمًا بدرهمين جاز عند أبي حنيفة، [وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز.

وهذا فرع على اختلافهم في حكم ماله، فعند أبي حنيفة]: أنه على أصل

= في الكبرى (١١٢١٣)؛ وابن ماجه (٣٠٥٥)؛ وأخرجه ابن حبان في صحيحه ٤/٢٥١؛ وابن حبان في حديث (طويل) (٣٠٧٤)؛ والبيهقي في الكبرى ٥/٢٧٤ وغيرهم؛ والزيلعي في تخريج الأحاديث والآثار ٢/٤٧٥.

(١) في أ (الدفع).

(٢) في ب (دارنا) والمثبت من أ.

الإباحة ما لم يحرزه بدار الإسلام، ولو أتلفه متلف لم يجب عليه الضمان كالحربي.

وعلىٰ قولهما: ماله محظور بالإسلام، ولو أتلفه متلف وجب عليه ضمانه، فصار [كالمسلم] التاجر إذا دخل إلىٰ دار الحرب.

قال: ولو دخل رجلان من المسلمين بأمان إلىٰ دار الحرب، فباع أحدهما من صاحبه [٣٧٥/أ] شيئًا[١] من ذلك لم يجز؛ (لأن مالهما محظور، وإذا دخل دار الحرب فما)[٢] يأخذه أحدهما من الآخر إنما يأخذه بحكم العقد، ولا يجوز إلا كما يجوز في دار الإسلام.

قال: وإن أسلم أهل الحرب أو أسلم الحربي الذي بايع المسلم وخرج إلىٰ دار الإسلام، فما كان من ربا مقبوض، أو بيع فاسد مقبوض من خمر أو خنزير أو ميتة باعه المسلم ذلك وأخذ أموالهم، فذلك جائز ما مضىٰ، وما كان غير مقبوض بطل البيع فيه.

وكذلك إن صار أهل الدار ذمة للمسلمين، جاز فيما قبض، ولم يجز فيما لم يقبض.

والأصل في ذلك: (أن تحريم الربا لما نزل أجاز النبي ﷺ منه ما قبض، وأبطل ما لم يقبض)، وقد دل عليه قوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٧٨].

قال ابن جُريج: كانت ثقيف قد صالحت النبي ﷺ علىٰ أن ما لهم من الربا

---

(١) في أ (درهمًا بدرهمين).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ، ومكانه: (لأنه إنما).

علىٰ الناس فهو لهم، وما كان للناس من ربا عليهم فهو موضوع، فلما كان الفتح استعمل عتّاب بن أُسيد علىٰ مكة، وكانت بنو عمرو بن عوف يأخذون الربا من بني المغيرة، [وكانت بنو المغيرة] يُرْبون لهم في الجاهلية، [فجاء الإسلام] ولهم عليهم مال كثير، فأتاهم بنو عمرو يطلبون برباهم، فأبوا بنو المغيرة أن يعطوهم في الإسلام، ورفعوا ذلك إلىٰ عَتّاب بن أُسيد، فكتب عتاب إلىٰ رسول الله ﷺ، فنزلت: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [البقرة: ٢٧٨ - ٢٨٨]، [فكتب بها النبي ﷺ إلىٰ عتَّاب بن أُسيد وقال: «**إن رضوا وإلا فآذنهم بحرب**»(١)].

قال ابن جريج: قال ابن عباس: (فأذنوا بحرب): فاستيقنوا بحرب من الله ورسوله(٢).

قال: وأهل الذمة في مبايعة أهل الحرب وأهل الإسلام في ذلك سواء؛ لأن الذمي من أهل دار الإسلام، فهو مأخوذ بأحكامهم إلا ما خصَّه الدليل(٣).

قال: وما بطل من بيوع المسلمين بطل من بيوع أهل الذمة غير خصلتين: بيع الخمر والخنزير، فإن بيع أهل الذمة ذلك بعضهم من بعض جائز، كما يجوز [ذلك] في دار الإسلام؛ وذلك لأن التصرف في الخمر والخنزير استثني لهم بعقد الأمان، وما سواه حكمهم وحكم المسلمين فيه سواء.

وقد روي أن النبي ﷺ كتب إلىٰ مجوس هجر: «**إما أن تذروا الربا أو تأذنوا**

---

(١) أخرجه الطبري بلفظه في تفسيره، ٦/٢٣؛ وذكرها ابن حجر في الإصابة في تمييز الصحابة ٦/٥٥١.

(٢) تفسير الطبري، ٦/٢٦.

(٣) انظر: الأصل ٣/٧٣

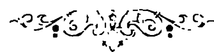
بحرب من الله ورسوله»[١]، فَدلّ على أن الذمي في تحريم الربا كالمسلم؛ [لما أمرهم بترك الربا].

قال رحمه الله: ومن هذا النوع بيع المولى من عبده إذا لم يكن عليه دين درهما بدرهمين جائز؛ وذلك لأنه بيع ماله بعضه ببعض، فلا يكون ما يأخذه بحكم العقد، فلا يمنع منه، وإن كان على العبد دين لم يجز أن يأخذ منه درهمين بدرهم؛ [لأن حق الغرماء متعلق بماله، فكأنّه أخذ درهمًا بغير عوض، وإن أعطاه درهمين بدرهم] لم يجز [أيضًا]؛ لأنه ليس بعقد في الحقيقة[٢]، فصار كأنه وهب لعبده درهمين وأخذ منه درهمًا، فلا يجوز ذلك لحق الغرماء.

فأما بيع المولى من مكاتبه فلا يجوز درهمًا بدرهمين؛ لأن المكاتب أحق باكتسابه من المولى، فصار كالأجنبي.

وقالوا في المتفاوضين: إذا باع أحدهما من الآخر درهمًا بدرهمين جاز؛ لأن ما يشتريه كل واحد منهما يشتريه للشركة، فكأنه باع المال بعضه ببعض.

وكذلك شريك العنان إذا باع أحدهما من الآخر درهمًا بدرهمين من مال الشركة، فإن كان من غير مال الشركة لم يجز؛ لأنهما في غير مال الشركة كالأجنبيين، [فلا يجوز ذلك]. والله سبحانه وتعالى أعلم.



(١) لم أعثر عليه في كتب الأحاديث والآثار، وإنما وأورده السرخسي في المبسوط ١٤/٥٨؛ والكاساني في البدائع ٥/١٩٣.
(٢) هنا تكررت كلمة [أيضاً] المضافة من أ.

بَابُ
الوكالة في الصرف وما في معناه



قال أبو الحسن: فإذا وكَّل رجل رجلاً بصرف بيع أو شراءٍ، فإنه لا يجوز من ذلك للوكيل [٣٧٥/ب] إلا ما يجوز له لو كان مشتريًا لنفسه في جميع ما ذكرت لك من وجوه الصرف، مما يجوز به الصرف وما يبطل؛ وذلك لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل عندنا، فكأنه عقد لنفسه.

قال: وكذلك الحاكم يفعل ذلك ليقيم[1] أو يُوَكِّل من يفعل ذلك له، وكذلك أمين القاضي في تركة الميت؛ وذلك لأن حقوق العقد تتعلق بالحاكم وبأمينه، إلا أن الضمان لا يلزمهم، فصاروا في تعلق الحق كالوكيل.

وكذلك الأب يبيع لابنه من أجنبي أو يشتري له، وكذلك الوصي؛ لأن الحقوق تتعلق بهما، وكذلك إذا اشترىٰ الأب من مال ابنه لنفسه، فإنه يجوز من ذلك ما يجوز بين الأجنبيين؛ لأنه لا يملك مال ابنه، ولا يجوز أخذه بغير عوض.

وكذلك المضارب إذا باع من رب المال؛ لأن حق المضارب متعلق بمال المضاربة، فيجعل مالكه كالأجنبي. والله أعلم، [وبالله التوفيق].

[تمّ كتاب الصرف ولله الحمد والمنَّة، والصلاة والسلام علىٰ محمد وآله، يتلوه كتاب الرهن].



(١) في أ (ليتم).

[٥٦] كتاب الرهن

قال رحمه الله: الرهن في الشرع عقد وثيقة بمال، وبذلك ينفصل عن الكَفَالة والحِوَالة؛ لأنهما عقد وثيقة بذمة، وينفصل عن المبيع في يد البائع؛ لأنه وثيقة (وليس بعقد على وثيقة)[1].

والأصل في جواز الرهن قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وروت عائشة (**أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعامًا بنسيئة ورهنه درعه**)[2]، وروت أسماء بنت يزيد أنه عليه السلام (**مات حين مات ودرعه مرهونة بوسق من شعير**)[3]، وروى ابن عباس وأنس قالا: (كان للنبي عليه السلام درع عند يهودي، فلم يجد ما يفتكه حتى توفي)[4].

ولأن النبي عليه السلام بُعِثَ والناس يرهنون، فأقَرَّهم على ذلك، ولا خلاف في جواز الرهن في الجملة؛ ولأنه نوع عقد، فكان فيه ما يصحُّ كسائر العقود.

٢٣٥٨ ـ فَصْل: [الرهن في السفر والحضر]

قال أصحابنا: يجوز الرهن في السفر والحضر، ومن الناس من قال: لا يجوز إلاّ في السفر.

---

(١) ساقطة من أ.

(٢) أخرجه البخاري (١٩٩٠) في عدة مواضع؛ ومسلم (١٦٠٣).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٤٣٨).

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٤٣٩).

لنا: حديث عائشة (**أنه ﷺ استقرض بالمدينة من يهودي طعامًا ورهنه درعه**)[1]؛ ولأن كل عقد جاز في السفر جاز في الحضر، كعقد البيع.

وقوله ﷻ: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فإنما خَصَّ السفر؛ لأن الغالب أن الإنسان لا يتمكن فيه من الشهود، فيستوثق بالرهن، وفي حال الحضر يتمكن من الاستيثاق بالشهود؛ فلذلك لم يذكر الرهن فيه. والله أعلم.

٢٣٥٩ ـ فَصْل: [القبض في الرهن]

ومن شرط الرهن القبض عندنا، وعند مالك: [يصح بالإ]يجاب والقبول.

لنا قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، فجعل القبض من صفات الرهن، وهذا يقتضي أن لا يوجد بغير[2] هذه الصفة؛ ولأنه عقد تبرع، بدلالة أن الإنسان لا يجبر عليه، فلا يتعلق به الاستحقاق إلا بمعنىً ينضم إليه كالوصية.

[ولأنّ][3] الراهن لو مات قبل أن يقبض لم يجبر الورثة على القبض، فلو تعلق الاستحقاق بعقده لزم ورثته كالمبيع. والله ﷻ أعلم.

٢٣٦٠ ـ فَصْل: [الحيازة في الرهن]

قالوا: ولا يجوز إلا مقبوضًا محوزًا منفصلاً من غيره، غير متعلق بما لم يقع عليه عقد الرهن.

---

(١) أخرجه البخاري (١٩٩٠)؛ ومسلم (١٦٠٣).

(٢) في أ (أن يوجد معه).

(٣) في ب (ولو أن) والمثبت من أ.

والكلام في الحيازة يقع في الرهن في رهن المشاع، فعندنا لا يَصِحُّ، وقال الشافعي: يَصِحُّ.

لنا: أنه عقد وثيقة [٣٧٦/أ] ليس فيه معنى التمليك، فلا ينعقد في المشاع كالكفالة بالنفس؛ ولأن يد المرتهن تصير مستحقة في الثاني بمعنى قارن العقد لحق الملك، فصار كما لو رهنه يومًا ويومًا [لا](١).

[قال: وهذه] المسألة مبنية على أن استدامة قبض الرهن من حقوق المرتهن، لا يجوز للراهن الانتفاع به ولا إجارته،

[قال]: والدليل على ذلك أن المقصود منه الوثيقة؛ وذلك لا يكون إلا باستدامة القبض بدلالة [أن العادة جرت](٢) أنهم يرهنون ويحبسون الرهن، ولأنه عقد من شرط صحته القبض، فكان استدامة القبض حقًا للقابض كالهبة.

وإذا ثبت أن استدامة القبض من حقوق المرتهن فرهن المشاع ينعقد مع تعذر الاستدامة، فلم ينعقد العقد مع مقارنة ما ينفي المقصود منه.

٢٣٦١ - فَصْل: [رهن المشاع]

وقد [قال أصحابنا]: أن رهن المشاع لا يجوز فيما يقسم وفيما لا يقسم؛ [وذلك] لأن الإشاعة تؤثر؛ لأنها تمنع استدامة القبض، وهذا المعنى موجود في الجميع، وفرقوا في الهبة بين ما يمكن قسمته وما لا يمكن؛ لأن المانع من هبة المشاع أن الواهب فرط في التسليم الذي تصح به الهبة؛ لأنه كان يقدر على

---

(١) في ب (رهن) والمثبت من أ.

(٢) في ب (العادة) والمثبت من أ.

القسمة ليسلم تسليمًا صحيحًا، وهذا المعنىٰ لا يوجد فيما لا يقسم.

وقالوا في رهن المشاع: لا يجوز من الشريك، وكذلك هبة المشاع، وجَوّز [أبو] حنيفة إجارة المشاع من الشريك في الرواية المشهورة؛ لأن المانع من الرهن عدم استدامة القبض، وهذا المعنىٰ موجود في الرهن من الشريك؛ لأن المرتهن يمسكه يومًا رهنًا ويومًا يستخدمه، وليس برهن، والمانع من الهبة التفريط في الإقباض، وهذا موجود في الشريك، والمانع من الإجارة أن المستأجر لا يتمكن من استيفاء ما اقتضاه العقد إلا بالمهايأة، وهذا المعنىٰ لا يوجد في الشريك. والله أعلم.

٢٣٦٢ـ فَصْل: [الإشاعة الطارئة في الرهن]

فأمّا الإشاعة الطارئة؛ فذكر في كتاب الرهن أنها تمنع من الرهن.

وصورتها: أن يوكِّل الراهنُ العدلَ ببيع الرهن كيف رأىٰ مجتمعًا ومتفرقًا، فيبيع بعض العين[1]، أو يرهن قُلْبًا فيه عشرون درهمًا بعشرة دراهم، فينكسر، فيضمن المرتهن نصف القلب وهو حصة المضمون، وتبقىٰ حصة الأمانة رهنًا، فيقطع حتىٰ لا يكون مشاعًا.

وروىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف: أنه رجع عن هذا وقال: الإشاعة الطارئة لا تمنع صحة الرهن، كما لا تمنع بقاء الهبة.

وجه رواية الأصل: أن الإشاعة تؤثر في الابتداء؛ لأنها تمنع من استدامة قبض المرتهن، وهذا المعنىٰ موجود في الإشاعة الطارئة، وليس كذلك الهبة؛

---

(١) في أ (الرهن).

لأن الإشاعة تمنع منها لتأثيرها في القبض، واستدامة القبض ليس بشرط.

تبيّن الفرق بينهما: أن الواهب لو رجع في بعض الهبة بقيت الهبة في [الباقي](١)، ولو تفاسخ الراهن والمرتهن بعض الرهن وأراد تبقية العقد في الباقي لم يجز.

وجه رواية ابن سماعة: أن حكم البقاء أقوى من حكم الابتداء، بدلالة أن العدل يبيع الرهن، فيصير الثمن في ذمة المشتري رهنًا ولو رهنه في الابتداء [دينًا لم يجز، فكذلك لا يمتنع أن يصحَّ الرهن في المشاع في حال البقاء، وإن لم يصح في حال الابتداء]؛ ولأنه عقد من شرط صحته القبض، فالإشاعة الطارئة لا تؤثر فيه كالهبة.

قال: ولا يجوز رهن ثمرة في نخل ولا كرم ولا شجر حتى يحوزه ويسلمه إلى المرتهن، ولا رهن في ذلك دون ثمرته، ولا رهنهما دون [٣٧٦/ب] الأرض، [ولا رهن في نخل ولا شجر في أرض دون الأرض، وكذلك إن زرع أرضًا في أرض دون الأرض]، أو رهن الأرض دون الزرع.

ولا يجوز رهن الأرض دون ما فيها من شجر أو نخل أو كرم؛ وذلك لأنه إذا رهن أحدهما دون الآخر فالرهن متصل بما ليس برهن [غير منفصل عنه]، فلا يجوز كرهن المشاع، وإذا رهن الأرض دون ذلك فالرهن مشغول بما ليس برهن، فلا يَصِحُّ القبض فيه، فلا يصح الرهن.

قال: وإن رهن النخل أو الشجر أو الكرم بمواضعه من الأرض، جاز ذلك

---

(١) في ب (الثاني) والمثبت من أ.




عندهم جميعًا ؛ لأنه إذا رهنه بموضعه فقد رهن بقعة محوزة بما فيها من الشجر ، وإنما هي مجاورة لبقية الأرض ، ومجاورة الرهن لغيره لا تمنع صحة الرهن.

قال: وإن كان في ذلك ثمر دخل في الرهن ، وذلك لأن العقد لا يصح على النخل دون الثمر ، ودخوله في العقد لا يوجب زوال ملك الراهن عنه ، وقد قصد إلى عقد صحيح ، فدخل فيه ما لا يصح إلا به ، وليس كذلك إذا باع النخل ؛ لأن بيع النخل دون الثمرة [لا][1] يصح ، فلم يكن بنا حاجة إلى إدخال الثمرة بغير تسمية.

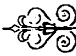
قال: وإن رهن أرضًا فيها نخل أو شجرٌ أو كرم وقال: قد رهنتك الأرض دون النخل والشجر والكرم ، فإن الحسن روى عن أبي حنيفة: أن ذلك جائز ، وأما أبو يوسف ومحمد فقالا: الرهن باطل ، ولم يحكيا خلافًا ، (والمشهور: أن الرهن باطل)[2].

ووجهه: أن الرهن مشغول بما ليس برهن ، فصار كرهن الأرض التي فيها متاع ذلك الراهن.

وقد قال الحسن في روايته: أنه لو رهن الأرض دون البناء لم يصح ؛ لأن الرهن مشغول بالبناء ، وكذلك هو مشغول بالنخل والشجر.

وجه رواية الحسن: أن النخل عبارة عن البذر مع مكانه ، والشجر عبارة عن الخشب بموضعه ، ألا ترى أنه بغير موضعه جذع وليس بنخل ، فكأنه[3] استثنى

(١) في أ (لأن بيعه دون النخل لا يصح).
(٢) ساقطة من أ.
(٣) في أ (وكذلك إذا استثنى).




النخل بمكانه من الأرض، فيصير راهنًا لما سواه، وذلك جائز.

وليس كذلك إذا استثنىٰ البناء؛ لأنه عبارة عن الأنقاض[(١)] دون مكانه، فيدخل مكانه في الرهن، وهو مشغول به فلا يصح، وأما إذا رهن الأرض واستثنىٰ النخل بمواضعه جاز في قولهم؛ لأنه رهن ما سواه، وذلك بقعة محوزه [مجاورة] لمكان النخل، فيصح فيها الرهن.

قال: وإن رهن [بيتًا][(٢)] من دار بعينه أو طائفة من دار جاز عندهم جميعًا؛ لأنه رهن بقعة محوزة [فجاز].

قال: وإذا قال: قد رهنتك هذه الدار، أو هذه [الأرض، أو هذه] القرية فأطلق القول إطلاقًا، ولم يخصَّ شيئًا دون شيء، دخل البناء والشجر والنخل والكرم الذي في الأرض في الرهن، وكذلك يدخل الزرع والرطبة [في الأرض] في الرهن.

أما البناء والغرس فيدخل في البيع وإن لم تفتقر صحة البيع إلىٰ دخوله، فلأن يدخل في الرهن وصحته تقف علىٰ دخوله أولىٰ.

وأما الزرع والرطبة فلا يدخلان في البيع، ويدخلان في الرهن؛ لما بيّنا في الثمرة أن الرهن لا يصح دون ذلك؛ ودخوله فيه لا يخرجه من ملك الراهن؛ فلذلك دخل تصحيحًا للعقد.

قال: وإذا رهن الأرض بما فيها أو الدار ثم استحق بعض الرهن نظرت إلىٰ

---

(١) في أ (لأنها عن الأصل دون مكانها).

(٢) في ب (شيئًا) والمثبت من أ.

ما بقي، فإن كان يجوز ابتداء الرهن عليه وحده فهو باقٍ على الرهن بحصته من الدين، وإن كان ابتداء الرهن لا يجوز عليه يبطل الرهن كله؛ وذلك لأن الاستحقاق يعلم به أن المستحق لم يدخل في الرهن، فصار راهنًا لما بقي، فإن جاز إفراده[١] بالرهن صح رهنه، وإلا لم يصح.

قال: ومن هذا النوع [٣٧٧/أ] قال الحسن عن أبي حنيفة: إذا رهنه داراً، والراهن والمرتهن في جوفها، فقال: قد سلمتها إليك أو دفعتها إليك رهنًا، فقال المرتهن: قد قبلت، لم تكن رهنًا حتى يخرج الراهن من الدار، فإن خرج من الدار بعد ذلك لم يتم الرهن إلا أن يقول الراهن: قد سلمتها إليك بعدما خرج منها؛ [وذلك] لأنهما إذا كانا في الدار فيد الراهن ثابتة فيها، فلم يصح تسليمه إلى المرتهن، وإذا لم يصح ذلك التسليم حتى خرج احتاج إلى تحديد تسليم آخر.

قال: وإن كان في الدار متاع قليل أو كثير أو ثياب أو حبٌّ أو شيء مما ينتفع به ثم سلم الدار رهنًا، وذلك فيها لم يتم الرهن حتى [يفرغ][٢] ذلك منها؛ لأن الدار مشغولة بما فيها، فيمنع ذلك من تسليمها.

قال: ولو رهنه الدار وما فيها وخلى بينه وبينها وهو خارج منها تَمَّ الرهن؛ [وذلك] لأن ما فيها يصح رهنه، فإذا دخل في الرهن لم يمنع من صحة القبض في الدار، ولا يقال: هلا أدخلتم المتاع في الرهن وإن لم يسمّه طلبًا لتصحيح العقد كما أدخلتم الثمرة والزرع؛ وذلك لأن الثمرة والزرع في حكم البائع للنخل

(١) في أ (إقراره).
(٢) في ب (يسرع) والمثبت من أ.

والأرض، ألا ترىٰ أنه لو باعها بكل قليل أو كثير هو فيها دخل في البيع، فأما المتاع ليس من حقوقها، فلا يدخل من غير تسميته.

ولو رهنه دابة عليها حمل لم يتم الرهن حتىٰ يلقي الحمل عنها ويدفعها؛ وذلك لأنها مشغولة بالحمل، كشغل الدار بالمتاع، فإن رهنه الحمل دون الدابة ودفعها إليه بالحمل كان ذلك رهنًا تامًا في الحمل؛ لأن الرهن ليس بمشغول بغيره ولا [هو] تابع له، فصار كرهن متاع في دار خلّىٰ بينه وبينه.

قال: فإن رهنه سَرجًا علىٰ دابة أو لِجامًا علىٰ رأس الدابة أو رسنًا في رأسها، ودفع إليه الدابة بالسرج واللجام والرسن لم يكن رهنًا حتىٰ ينزعه عن الدابة ثم يقبضه، فيتم فيه الرهن.

قال: وهذا كله علىٰ قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر؛ [وذلك] لأن السرج واللجام من توابع الدابة، ولا يصح إفراده عنها بالرهن كثمرة النخل؛ ولهذا قالوا: لو رهنه دابة عليها سرج ولجام ورسن وذلك للراهن دخل في الرهن؛ لأنها من توابعها، فلا يصح إفرادها بالرهن دونه.

وقال ابن سماعة وعلي بن الجعد عن أبي يوسف: لو أن رجلاً رهن رجلاً صوفًا علىٰ ظهر غنم لم يجز ذلك، إلا أن يجزَّ ويقبض، وإن كان قبض الغنم والصوف علىٰ ظهرها لم يجز الرهن؛ لأنه متصل بما ليس برهن، فصار كالثمرة.

قال: وإن رهنه وعاء من الأوعية وفيه متاع للراهن لم يفرغه وقبضه المرتهن بالمتاع لم يكن رهنًا، ولم يجز، وهذا كبيت رهنه وهو مملوء طعامًا للراهن.

قال: ولو رهنه ما في البيت ثم خلىٰ بينه وبينه، فإن حَوَّله[1] المرتهن فهو قبض، وإن لم يحوله[2] فليس بقبض، وليس قبض الرهن كقبض الشراء، وقبض الهبة والصدقة مثل قبض الرهن، فلم يجعل أبو يوسف التخلية قبضًا في الرهن حتىٰ يوجد النقل والتحويل.

والمشهور عنهم خلاف ذلك؛ لأن القبض إنما حصل بحكم عقد اعتبرت فيه التخلية، كقبض المبيع.

لأبي يوسف: أن الاستحقاق في الرهن لما تعلق بالقبض دون ما تقدمه اعتبر فيه النقل والتحويل كقبض الغصب. والله ﷻ أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب، وصلىٰ الله علىٰ سيدنا محمد وسلم. [٣٧٧/ب]



(١) في أ (حمله).

(٢) في أ (يحمله).

بَابُ
جعل الرهن على يَدَيْ عَدْل



[قال أبو الحسن]: قال أصحابنا جميعًا: إن وقع عقد الرهن بين رجلين على أن يجعلاه على يدي رجل عدل بينهما فذلك جائز، وهو مقبوض، وقبض المرتهن وقبض العدل بمنزلة واحدة في صحة الرهن.

وقال ابن أبي ليلى: لا يصح الرهن بقبض العدل، وهو كرهن غير مقبوض.

وجه قولهم[1]: أن القبض حق من حقوق المرتهن، فيملك أن يستوفيه بنفسه، ويملك أن يستوفيه بغيره كسائر حقوقه؛ ولأن يد العدل قائمة مقام يد المرتهن؛ (بدلالة أنه يملك فسخها ورد الشيء إلى الراهن، ولا يملك الراهن ذلك، فصار كأنه قبض بنفسه.

وقد قالوا في المبيع إذا جعل على يد عدل أن يد العدل قائمة مقام يد البائع)[2]، وهما يستويان في المعنى؛ لأن العدل يمسك المبيع لحق البائع حتى يستوفي الثمن، فقامت يده مقام يده، والعدل في الرهن يمسكه لحق المرتهن حتى يستوفي دينه، فقامت يده مقام يده.

وقد روى ابن سماعة عن محمد: أن البائع إذا امتنع من تسلميه المبيع حتى يستوفي الثمن، فاتفقا على وضعه في يدي عدل، قامت يد العدل مقام يد البائع؛

---

(١) في أ (لنا).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

لأنه لما لم يسلم إلىٰ المشتري لم يرض بإزالة يده عن المبيع ، فإن هلك المبيع انفسخ البيع .

وإن بدل التسليم إلىٰ المشتري ، فاتفقا علىٰ وضعه علىٰ يد عدل ، قامت يد العدل مقام يد المشتري مثل مسألتنا ، فعلىٰ هذا لا فرق بينهما .

ولا يقال: كيف يكون [يد][1] العدل يد المرتهن ، (ولو أراد أخذ الشيء من يده لم يجز ؛ لأن الوصي يقبض لحق اليتيم بيده بدله)[2] ، ولو أراد اليتيم أخذ ذلك من يده لم يجز له [ذلك] .

قال: وكذلك لو شرطا أن يقبضه المرتهن ، ثم يجعلاه علىٰ يدي رجل آخر ؛ لأن يد العدل قامت مقام يد المرتهن ، فجاز أن يجعل[3] بعد قبضه وقبل قبضه .

قال: وكذلك لو جعلاه علىٰ يدي عدل في الابتداء ، وجعلاه مسلطًا علىٰ أن يبيعه ، فذلك جائز ، وللعدل أن يبيعه ويوفي المرتهن الدينَ ، وليس لواحد منهما فسخ شيء من ذلك ؛ لأن الإذن في البيع توكيل في البيع للعدل من الراهن ، وتوكيله جائز ، كما لو وكّله من غير رهن ، وليس للراهن أن يفسخ هذه الوكالة إذا كانت مشروطة في العقد ؛ لأنها لما شرطت فيه صارت من حقوقه ، ألا ترىٰ أن الرهن الموكل ببيعه أوثق من الرهن الذي لم يوكل ببيعه ، وإذا صارت الوكالة من حقوق الرهن لم يكن للراهن إبطالها ، [كما ليس له إبطال القبض][4] .

---

(١) في ب (بدل) والمثبت من أ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

(٣) في أ (يحصل).

(٤) في ب (كما يملك إبطال القبض) والمثبت من أ.

وقوله ليس لواحد منهما فسخ شيء من ذلك؛ فلأنّ الراهن لا يملك الفسخ لما بيّنا، والمرتهن لا يملك؛ لأن العدل وكيل بالبيع لغيره.

قال: وكذلك لو مات الراهن أو مات المرتهن أو ماتا، فإن العدل على أمره في إمساك الرهن وبيعه؛ وذلك لأن الوكالة المشروطة في الرهن من حقوقه، فلا تبطل بموت الراهن كالقبض، ولا تبطل بموت المرتهن؛ لأنه ليس بموكل، وليس هذا كالوكالة المبتدأة بعد الرهن؛ لأنها لما لم تشترط فيه لم تكن من حقوقه، فجاز للموكل العزل عنها.

وهذا كما قالوا في الوكيل بالخصومة: أن المدعي إذا طالب خصمه عند القاضي بوكيل يقيمه، فنصب له وكيلاً لم يجز للموكل عزله؛ لأن حق الخصم تعلق بهذه الوكالة، حتى تثبت بمطالبته، فلو كان وكَّله ابتداءً بالخصومة من غير [٣٧٨/أ] مطالبة جاز له عزله حين لم يتعلق بالوكالة حق الخصم.

قال: ولو مات العدل بطل ما جعل إليه من ذلك، ولم يقم وارثه مقامه في ذلك ولا وصيه؛ لأن العدل وكيل بالبيع والإمساك، والوكالة لا تورث؛ ولأن الموكل رضي [برأيه][1] ولم يرض بوارثه ولا بوصيه.

قال: ولو جعلاه على يدي عدل وسلّطا رجلاً آخر على بيعه وتسليم ثمنه إلى المرتهن جاز ذلك؛ لأن الإمساك والبيع كل واحد منهما ينفرد عن الآخر، فجاز أن يتولاهما واحد، وأن يتولاهما اثنان.

قال: وكذلك لو كان الرهن في يد المرتهن وسَلَّطه الراهن على بيعه، وذلك

(١) في ب (به) والمثبت من أ.




شرط في عقد الرهن، فذلك جائز، وليس لواحد منهما فسخ شيء من ذلك، وهذا مثل الوجه الأول، وقال الشافعي: لا يجوز توكيل المرتهن بالبيع.

لنا: أن ما جاز أن يشرط للعدل جاز للمرتهن كالإمساك؛ ولأن الموكل المرتهن موكل باستيفاء الدين من ثمن الرهن، وذلك جائز، كما لو قال له: بع هذا الثوب ـ وليس برهن ـ فاستوف دينك من ثمنه.

قال: وإن لم يشرط البيع في عقد الرهن، وجعل الراهن للمرتهن البيع أو العدل بعد ذلك فكلّ واحد منهما [وكيل للراهن][1]، فللراهن أن يفسخ الوكالة، وكذلك إن مات بطلت الوكالة.

وروي عن أبي يوسف أنه قال في الوكالة الطارئة على عقد الرهن: إنها كالمشروطة في العقد.

وجه قولهم المشهور: أن هذه الوكالة لما انفردت عن العقد صارت وكالة مبتدأة، فجاز [العزل][2] عنها.

ولأبي يوسف: أنهما ألحقاها بالعقد [والملحق بالعقد] يصير كالموجود فيه.

قال: وليس لواحد من هؤلاء، ولا للمرتهن أن يتصرف في الرهن بشيء غير الإمساك: لا يبيع ولا يؤاجر، ولا يعير، ولا يستخدم، ولا يخرجه عن يده إلى [يد] غيره، وهو بمنزلة الوديعة في يده، فما لا يجوز له في الوديعة من

---

(١) في ب (وكيلاً) والمثبت من أ.

(٢) في ب (العدل) والمثبت من أ.

التصرف فإنه لا يجوز له في الرهن، وما جاز في الوديعة جاز في الرهن، وله أن يسلم الرهن إلىٰ زوجته وخادمه ومن في عياله من ولده وأُجَرائه الذين يتصرفون في ماله؛ وذلك لأن المرتهن والعدل يمسكان الرهن [بإذن][1] الراهن، وهو إنما أذن في الإمساك للتوثق، ولم يأذن في الاستعمال[2] ولا في الإجارة، فلم يجز ما لم يأذن فيه، كما لا يجوز للمودع[3].

فأما الحفظ ممن في عِياله فلأنه مأمور بالحفظ، وهو يحفظ هؤلاء، ألا ترىٰ أنهم إذا كانوا في عِياله، صار [ذلك] الشيء في أيديهم وإن لم يسلمه إليهم.

قال: وإذا قبض المرتهن الرهن أو العدل، ولم يكن [شرط] في الرهن تسليط آخر علىٰ بيعه، ثم وَكّل الراهن ببيعه رجلاً بعد وقوع عقد الرهن، أو سَلّط علىٰ ذلك المرتهن أو العدل، فهو وكيل للراهن، وله أن يخرجه عن ذلك وينهاه عنه.

وإن مات الراهن بطل ما جعله الراهن إلىٰ الوكيل من ذلك؛ [وذلك] لما قدمنا أن الوكالة إذا لم تشترط في الرهن جاز للموكل العزل عنها، وإذا بطلت بالعزل بطلت بالموت.

قال: وإن باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن، وصار الثمن هو الرهن، كان الثمن مقبوضًا أو غير مقبوض، فإن توىٰ علىٰ المشتري أو بعد أن قبضه العدل توىٰ من مال المرتهن؛ وذلك لأنه لما باعه انتقل الملك فيه إلىٰ المشتري،

(١) في ب (بأمر) والمثبت من أ.

(٢) في أ (الاستخدام).

(٣) في أ (الوديعة).

واستحال أن يبقىٰ رهنًا بعد صحة انتقال الملك فيه ، وإنما صار الثمن رهنًا ؛ لأنه قام مقام الرهن ، فتعلق [٣٧٨/ب] به من الحكم ما تعلق به ، وليس يمتنع أن يكون رهنًا وإن لم يقبض ؛ لأنه قام مقام ما قبض ، فزوال القبض فيه لا يخرجه عن كونه رهنًا ، كما لو استعار الراهن الرهن .

وأمّا قوله (إن الثمن إذا توىٰ كان من مال المرتهن) ؛ فلأنه قام مقام الرهن ، فصار هلاكه [كهلاك الرهن ، فيكون من ضمان المرتهن] .

ولا يقال: كيف يكون مضمونًا عليه وليس في قبضه ، وهلاّ كان كهلاك الرهن في يد الراهن ، أو في يد المستعير من الراهن ؛ وذلك لأن الدين يثبت في ذمة المشتري لحق المرتهن ، فصار كونه في ذمة المشتري لكونه في يد المرتهن أو في يد المودَع ، وكذلك إن قتل الرهن فغرم القاتل قيمته أو قتله عبد فدفع به ، فقد صار ما دفع عن العبد [رهنًا] ؛ لأنه قام مقامه فتعلق به من الحق ما تعلق [بالأصل][(١)] .

قال: فإن قبض العدل الرهن وهو مسلَّط علىٰ البيع ، فباع وقبض الثمن وسَلَّمه إلىٰ المرتهن ، ثم استحق العبد أو رُدَّ بعيب بقضاء قاضٍ ، فللمشتري أن يرجع علىٰ العدل بالثمن ، والعدل إذا رجع عليه بالخيار: إن شاء رجع علىٰ المرتهن وعاد الدين علىٰ الراهن ، وإن شاء عاد علىٰ الراهن ، وكان ما قبض المرتهن منه بدينه ، قال ذلك أبو يوسف ، إنه مخيّر في العيب والاستحقاق .

وأما الرجوع [عليه إن شاء رجع] علىٰ العدل ؛ فلأن ذلك من حقوق العقد ، وهي عندنا متعلقة بالعاقد ، فإن كان العدل قبض الثمن وسَلَّمه إلىٰ المرتهن فهو

(١) في ب (به) والمثبت من أ.

بالخيار: إن شاء رجع على المرتهن، وإن شاء [رجع] على الراهن، أما المرتهن؛ فلأنَّه سَلَّم إليه مالاً حقه يتعلق به، ألا ترى أنه لو لم يسلم إليه تخلص من المطالبة بدفعه إلى المشتري، فصار المرتهن من هذا الوجه كالراهن، وكغاصب الغاصب، إلاَّ أنه لا يرجع عليه (إلا بمقدار ما أعطاه؛ لأن الرجوع إنما يثبت لأجل قبضه، فلو لم يقبض لم يرجع عليه)[1]، فإذا قبض لزمه مقدار المقبوض.

وأما الرجوع على الراهن فلأن البيع وقع لحقه وبأمره؛ ولأنه أدخل العدل في هذا الضمان، فكان عليه خلاصه، فإن رجع على المرتهن عاد دينه على الراهن؛ لأن القضاء انفسخ وصار كأن لم يكن، وإن رجع على الراهن صَحَّ قبض المرتهن؛ لأن المقبوض سلم له، فكأنَّ الاستحقاق في حقه لم يكن، فأما إذا لم يسلم العدل الثمن إلى المرتهن، فلا رجوع له عليه؛ لأن البيع وقع على ملك الراهن وبأمره، فالرجوع عليه، وإنما يثبت له الرجوع على المرتهن لأجل قبضه الثمن، فإذا لم يقبض بقي الضمان على الموكل.

قال: وإن كان الراهن سَلَّط العدل على بيع الرهن بعد عقد الرهن على غير شرط، كان في عقد الرهن، فهو وكيل الراهن خاصة، وما لزم العدل بالبيع رجع به على الراهن خاصة قبض المرتهن الثمن أو لم يقبض؛ وذلك لأن التوكيل بعد العقد إنما يقع لحق الراهن خاصة دون حق المرتهن، ألا ترى أن المرتهن لا يملك مطالبة هذا الوكيل بالبيع، ولا يمنع الراهن عن عزله، وإذا أوقعت الوكالة خاصة لحق الراهن لم يثبت [له] الرجوع على غيره، وصار كمن وكَّل رجلاً ببيع شيء وأن يقضي بثمنه [دينًا له]، ففعل، ثم لزمه ضمان، لم يرجع به على

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.




[المقضي له][(١)].

وليس كذلك الوكالة المشروطة في [الرهن][(٢)]؛ لأنها لحق المرتهن؛ بدلالة أنه يملك المطالبة بالبيع، ويمنع الراهن من العزل، فإذا وقع البيع لحقه وسلَّم له عوضه، جاز أن يلزمه الضمان.

وقد قالوا: إن العدل إذا قبض الثمن فهلك في يده كان من ضمان المرتهن؛ لأنه [٣٧٩/أ] بدل عن الرهن، فصار هلاكه كهلاك الرهن، وإذا أقر العدل أنه قبض الثمن وسلمه إلىٰ المرتهن فأنكر المرتهن، فالقول قول العدل، وقد بطل دين المرتهن فيما قبض؛ وذلك لأن العدل أمين فيما في يده، والقول قول الأمين في براءة نفسه، ولا يقبل قوله في إيجاب الضمان علىٰ غيره، فلا يصدق في تسليمه [الدين][(٣)] إلىٰ المرتهن، ويصير كأن الثمن هلك في يده فيسقط الدين من طريق الحكم.

وقد قالوا: إن الرهن إذا كان نخلاً أو شجرًا أو حيوانًا فما حدث من ذلك من ثمرة أو ولد أو لبن، وكل ما يكون من نفس الرهن مما يكون رهنًا مع ما نما منه، فإن للعدل أن يبيعه مع الرهن، وحكمه في ذلك حكمه، وكذلك ما قام مقام الرهن من عبد قتله فدفع به، أو فقأ عينه فدفع بها؛ وذلك لأن الوكالة إذا شرطت في العقد فهي من حقوقه، فتعلقت بالنماء والبدل كما يتعلق الإمساك بذلك.

وقد قالوا في الراهن إذا كان هو العدل في الرهن: فإن كان الرهن لم

(١) في ب (المقبض) والمثبت من أ.
(٢) في ب (العقد) والمثبت من أ.
(٣) في ب (الثمن) والمثبت أ.




يقبض[1] من يده فليس برهن، وإن كان المرتهن قبضه وجعل الراهن مسلطًا على بيعه فهو رهن، وبيع الراهن منه جائز؛ [وذلك] لأن تمام الرهن يتعلق بالقبض، فإذا لم يقبض لم يصح الرهن.

وأما إذا قبض ثم جعل الراهن مسلطًا على البيع جاز؛ لأن الراهن يملك بيع ملك نفسه، وإنما منع منه لحق المرتهن، فشرط المرتهن يؤثر في إسقاط حقه من البيع[2]، وبيع الراهن لحق الملك لا بالتسليط.

وقد قالوا فيمن رهن رهنًا وسلّط عدلاً على بيعه عند محل الدين، فلم يقبض الرهن حتى حل الدين، فالرهن باطل، وبيع العدل جائز؛ لأن تمام الرهن موقوف على القبض، ولم يوجد، والوكالة تنفرد عن الرهن، فجاز البيع وإن لم يصح الرهن.

وكذلك قالوا فيمن رهن سهمًا[3] مشاعًا وسلط العدل على بيعه: فالرهن باطل، والوكالة صحيحة؛ لأن الوكالة تنفرد عن الرهن، فبطلان الرهن لا يوجب بطلانها.

وقد قالوا: إذا جعل عدلاً في الإمساك والحفظ وعدلاً آخر في البيع فهو جائز؛ وذلك لأن الوكالة بكل واحد من الأمرين تنفرد عن الآخر، فجاز أن يتولاهما اثنان، ولا يملك الراهن عن العدل؛ لأن وكالته مشروطة في العقد، وكذلك إن مات الراهن لم ينعزل.

---

(١) في أ (فإن الرهن في يده لم يقبض).

(٢) في أ (المنع).

(٣) في ب (رهنًا).

وقد قالوا في المرتهن إذا طالب الراهن بحقه فقال الراهن للعدل: بع الرهن وأوفه حقه، فقال المرتهن: لا أريد البيع، وإنما أريد حقي، [فله] ذلك؛ [لأن البيع إخراج العين من الرهن، ونقل حق المرتهن إلىٰ العوض، فله أن يمتنع من ذلك].

وإن طالب المرتهن العدل بالبيع، فقال له الراهن: لا تبع، فأبىٰ العدل أن يبيع، (حبس)[1] حتىٰ يبيع؛ لأن البيع ثبت لحق المرتهن، وقد طالب بحقه، والراهن لا يملك العزل، فنهيه لا يتعلق به حكم.

وأما العدل فلما قبل الوكالة المشروطة في الرهن، وجب عليه البيع، فلم يجز له الامتناع منه لتعلق حق الغير به.

وقال محمد في الزيادات: إن للعدل أن يبيع بالنقد والنسيئة؛ لأن عموم الأمر بالبيع يقتضي الأمرين، إلا أن يكون الراهن نهاه عند عقد الرهن أن يبيع بنسيئة؛ لأنه حين وكَّله [حينئذٍ] وكالة خاصة، وإن كان أطلق الوكالة، ثم قال له بعد ذلك: لا تبعه بالنسيئة، فبيعه بالنسيئة جائز؛ لأن إطلاق الأمر اقتضىٰ جواز البيع بالنسيئة، وهو لا يملك تغيير ما اقتضته [٣٧٩/ب] الوكالة.

وقد قال الحسن: لو رهنه رهنًا وسلطه علىٰ بيعه، ولم يقل عند محل المال، ولم يوقت له وقتًا، كان له أن يبيع الرهن متىٰ شاء، قبل أن يحل المال وبعده؛ لأنه أطلق الأمر بالبيع، ولم يخصه بزمان [دون زمان]، فإن باع قبل أن يحل الدين كان ثمن الرهن رهنًا مكانه حتىٰ يحل المال فيقضيه؛ لأنّ الثمن قام مقام الرهن، والمرتهن لا يملك الاستيفاء، فصار الثمن رهنًا.

---

(١) في أ (أجبر).

وقال بشر بن الوليد عن أبي يوسف: في رجل رهن رهنًا من عند تاجر على أن وضعه على يدي سيده، لم يجز الرهن إن كان على العبد دين أو لم يكن، ولو أن المولى هو الذي رهن الرهن بدين عليه، فوضع الرهن على يدي عبده جاز ذلك؛ [وذلك] لأن المولى لا يجوز أن يكون وكيلاً للأجنبي في استيفاء الدين من عبده، كما لا يجوز أن يكون وكيلاً باستيفائه من نفسه وقبض العدل للاستيفاء، ويجوز أن يكون العبد وكيلاً للأجنبي باستيفاء الدين من مولاه؛ لأنه لا يملك مال المولى، فجاز أن يكون قابضًا للرهن الذي يتعلق بقبضه الاستيفاء.

وقد ذكر هذه المسألة ابن سماعة في نوادر محمد عن أبي حنيفة مثله، وقال أبو يوسف: لو أن مكاتبًا ارتهن أو رهن، [فجعل الرهن] على يدي مولاه، أو على يدي المكاتب، فإن ذلك يجوز للمكاتب إذا ارتهن أن يجعله على يدي مولاه، وكذلك إذا رهن المولى على أن يكون في يد المكاتب [جاز]؛ لأن كل واحد منهما لا يملك ما في يد الآخر كالأجنبيين.

قال: ولو كان للراهن مفاوضًا فجعل الرهن على يدي شريكه المفاوض، فإنه لا يكون رهنًا، ولا يكون هذا مقبوضًا؛ لأن يد كل واحد من المتفاوضين كيد الآخر، فكأنَّ الراهن لم يخرج الرهن من يده.

قال: وكذلك شريك العنان في التجارة [إذا رهن] بدين فيها؛ لأن تصرف كل واحد منهما في تجارتهما يقع للآخر، فأما إن كان من غير التجارة فهو جائز في المفاوضين وشريكي العنان؛ [وذلك] لأن كل واحد منهما فيما لا يدخل في الشركة كالأجنبيين.

ولو رهن المضارب رهنًا في المضاربة بدين فيها، فوضعه على يدي رب

المال لم يكن رهنًا، سواء رضي بذلك رب المال أو لم يرض؛ [وذلك] لأن مال المضاربة ملكه، ويد المضارب فيها كيده، فكأنّه لم يخرج من يد [الراهن]؛ ولذلك لو كان رب المال هو الراهن بعض متاع المضاربة بدين فيها على أن وضع الرهن على يد المضارب، فإنه لا يكون رهنًا؛ لأن تصرف رب المال في مال المضاربة برضى المضارب يقع للمضارب، فكأنّه هو [الذي] رهن.

قال: وكذلك رجل اشترى لابن له صغير شيئًا، ورهن رهنًا ووضعه على يد نفسه، فإن الشراء جائز والرهن باطل؛ لأن حقوق المداينة تتعلق [بالآمر][1]، فإذا رهن وبقي الرهن في يده لم يوجد ذلك القبض.

قال: وكذلك الكفيل بالمال يرهن رهنًا ويضعه على يدي المكفول عنه، أو يرهن المكفول عنه فيضعه على يدي الكفيل، فهذا كله باطل لا يكون رهنًا؛ [وذلك] لأن كل واحد من الكفيل والمكفول عنه لا يجوز أن يكون وكيلاً في قبض الدين من الآخر، فلم يجز أن يكون عدلاً في الرهن.

وقال أبو يوسف في الجوامع: إذا مات العدل لم يبطل الرهن، ويوضع على يد عدل آخر عن تراض منهما، فإن وقع [فيه] اختلاف وضعه القاضي [٣٨٠/أ] على يدي عدل بينهما؛ لأن موت العدل كموت المرتهن، وذلك لا يبطل الرهن، إلاّ أن الراهن لم يرض بيد المرتهن ولا بيد ورثة العدل، فإن اتفقا على عدل آخر صار الرضا به كالرضا في الابتداء.

وإن اختلفا فقد امتنع من حق عليه، وامتنع المرتهن عن الرضا عمن يدَّعي الراهن أنه رضي به، فقام القاضي مقامهما؛ [وذلك] لأنه يملك أن يلزم الراهن

(١) في ب (بالأب) والمثبت من أ.

فعل ما عليه من نصب العدل، ويملك [تغيير][1] العدل للمرتهن إذا أبى المرتهن الرضا بمن يجوز الرضا به.

قال: وليس لهذا العدل الثاني أن يبيع؛ لأن الراهن لم يوكله بالبيع، وإنما وكل الأول.

قال أبو حنيفة: إلا أن يموت الراهن؛ لأنه إذا مات وُلّي القاضي عليه في قضاء ديونه.

قال أبو يوسف: أحسن ذلك عندي أن يأمر القاضي ـ إذا أعذر ـ في الرفق بالأمر وتأنٍّ فإنه يبيعه كما يبيع عبدًا له آخر ليس برهن، هذا أحسن ما سمعنا في ذلك، وإنما يعني أنه يتأنى بالراهن حتى يقضي دينه، فإن امتنع ولي عليه في بيع هذا العبد كما [يلي] عليه عند أبي يوسف في بيع أمواله.

٢٣٦٣ ـ فَصْل: في اختلاف العدل والراهن والمرتهن فيما بيع به الرهن

قال أصحابنا: إذا باع العدل الرهن وأقر الراهن والمرتهن بالبيع، فقال الراهن: بعته بمائة درهم والدين مائة، وقال المرتهن: بعته بخمسين أعطيتنيها، وصدق العدل الراهن، فإن القول قول المرتهن مع يمينه؛ وذلك لأن الرهن خرج من الضمان بالبيع وانتقل الضمان إلى البدل، فإذا اختلفا في مقدار ما انتقل إليه [من] الضمان، كان القول قول المرتهن كما لو هلك الرهن واختلفا في قيمته.

ولو قامت لهم بينة كانت البينة بينة الراهن والعدل؛ وذلك لأنها تثبت زيادة ضمان بنفيه بينة المرتهن.

---

(١) في ب (تعيين) والمثبت من أ.

ولو لم يقر الراهن بالبيع وقال: مات الرهن في يدي العدل، كان القول قول الراهن إذا كان قيمة الرهن والدين سواء يوم قبض الرهن؛ [وذلك] لأن الرهن مضمون بالقبض، فإذا ادَّعىٰ العدل والمرتهن خروجه من الضمان، وانتقال ذلك إلىٰ غيره لم يقبل قولهما.

وقال الحسن بن زياد في كتاب الرهن: قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً ارتهن رهنًا علىٰ أنه مسلط علىٰ بيعه، ثم قال: قد بعته وفي الرهن وفاء، فإن أبا يوسف قال: إذا كان الرهن يساوي ألفًا وهو رهن بألف، والمرتهن مسلط [علىٰ] بيعه فقال [المرتهن]: قد بعته بألف أو أكثر، فالقول قوله مع يمنه، وإن قال: بعته بتسعمائة لم يقبل قوله، فكأنه ضاع، ولا يرجع علىٰ الراهن بالنقصان، إلا أن يجيء ببيّنة أنه باعه، أو يصدقه الراهن أنه باعه.

ولو قال: بعته بألف أو أكثر، وقال المرتهن: لم أبعه إلا بتسعمائة، فالقول قول المرتهن مع يمينه، ويرجع علىٰ الراهن بالمائة، وهذا علىٰ ما قدمنا أن الرهن مضمون، فإذا ادَّعىٰ المرتهن انتقال الضمان إلىٰ الثمن وهو أقل من المضمون، لم يقبل قوله إلا أن يبيّنه أو يصدقه الراهن.

وكذلك لو ادّعىٰ العدل أنه باعه بتسعمائة ولا يعلم ذلك إلا بقوله، وقال الراهن: لم يبعه، لم يكن علىٰ العدل إلا تسعمائة مع يمينه، ويصير الرهن كأنه ذهب بما فيه ولا يرجع المرتهن علىٰ الراهن [إلا] بالمائة [الفاضلة؛ وذلك] لأن العدل مؤتمن، فالقول قوله مع يمينه في براءة نفسه، ولا يقبل قوله في إسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به، ولا في إثبات الرجوع [٣٨٠/ب] علىٰ الراهن.

وذكر ابن شجاع عن الحسن عن زفر: في رجل رهن متاعًا يساوي مائتين

بمائة، وسلّط المرتهن على بيعه فاتضع المتاع، فقال المرتهن: بعته بخمسين ومائة، وكَذّبه الراهن، أن الخمسين والمائة بينهما نصفان.

وكذلك إن قال: بعته بمائة أو أقل أو أكثر؛ وذلك لأن نصف الرهن أمانة، فالقول قول المرتهن فيه كالمودع، والنصف الآخر مضمون، فلا يقبل قوله في إسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به.

وسوّى زفر في ذلك بين أن يصدق الراهن على البيع أو يكذب؛ لأن المرتهن في الوجهين [جميعًا] يدعي بغير الضمان عما وقع عليه القبض، فلا يصدق.

وقال في الأصل: في رجل رهن عند رجل عبدًا على مائة وقيمته مائة، وجعل المرتهن وكيله[1] بأن يبيعه عند محل المال، فأقام المرتهن بينة أنه باعه بتسعين وقبضها، وأقام الراهن بينة أنه مات في يد المرتهن، قال: فإني آخذ ببينة المرتهن أنه باعه بتسعين، وكذلك رواه ابن سماعة، عن محمد في نوادره.

وقال أبو يوسف في الأمالي: رواية ابن سماعة: البينة بينة الراهن.

وجه ما في الأصل: أن الحاصل من بينة الراهن أن المرتهن لم يبع [وبيّنة] المرتهن تثبت البيع، فكان المثبت أولى.

لأبي يوسف: أن بينة الراهن تثبت زيادة ضمان بنفيه بينة المرتهن، فهي أولى.

وقال ابن رستم، عن محمد: في رجل أسلَم إلى رجل في طعام أو ثياب وأخذ رهنًا بالسلم فيه، فإن أوفاه عند محله وإلا باعه، [فإن باعه] بطعام أو ثياب

(١) في أ (مسلطًا على بيعه).




أو غير ذلك جاز عند أبي حنيفة، وقال محمد: يبيع [بالدراهم][1] والدنانير أو بجنس المُسَلَّم فيه.

قال أبو الحسن: فهذا عندي [قياس] قول أبي يوسف.

وهذا فرع على اختلافهم في الوكيل بالبيع: عند أبي حنيفة يبيع بالأثمان وغيرها، وعندهما: لا يبيع إلا بالأثمان، إلا أنهما جوّزا هاهنا بجنس المسلم فيه؛ لأن الغرض من البيع إيفاء الدين، فصار البيع بمثل الدين معلومًا بدليل، فإن باعه بغير جنسه من العروض لم يجز على أصلهما. والله ﷻ أعلم.



(١) في ب (بالراهن) والمثبت من أ.

بَابُ
ما يجوز الارتهان به



قال أبو الحسن: الرهن جائز بالديون كلها ما كانت ومن أي وجه ثبتت[1].

قال: وجملة هذا، أن الرهن لا يخلو [إما] أن يكون بدين أو بعين، فإن كان بدين جاز بكل حال، سواء كان الدين من الأثمان أو [من] غيرها، وبأيِّ وجه يثبت من وجوه الضمان؛ لأن الرهن للاستيفاء، والدين يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن، فجاز الارتهان به.

وأما الأعيان المضمونة فعلى وجهين: ما كان منها مضمونًا بنفسه كالغصوب، جاز الرهن بها، والمضمون بنفسه ما يجب عند هلاكه مثله إن كان له مِثل، وقيمته إن لم يكن له مثل، وإنما جاز الرهن بذلك؛ لأنه مضمون ضمانًا صحيحًا، فأمكن استيفاء المضمون من الرهن [فجاز الرهن] به.

وأما الأعيان المضمونة بغيرها فلا يجوز الرهن بها كالمبيع في يد البائع؛ وذلك لأنه لا يجب بهلاكه حق على الضامن يستوفى من الرهن وإنما يبطل بهلاكه البيع ويسقط الثمن، [فعاد] كما ليس بمضمون.

فأما الأعيان التي ليست بمضمونة كالودائع والعواري [٣٨١/أ] والمضاربات والشركة، فلا يجوز الرهن بها؛ لأن مقتضاها الضمان، فما ليس بمضمون لا يوجد معنى الرهن فيه[2].

---

(١) في أ (كانت).

(٢) في أ (لا يوجد فيه هذا المعنى).

قال: ويجوز الرهن بالأعيان المتزوج عليها والمخالع بها والمصالح عليها من دم العمد ؛ وذلك لأنها مضمونة بأنفسها ، ألا ترىٰ أنها إذا هلكت وجب مثلها إن كان لها مثل ، وقيمتها إن لم يكن لها مثل.

وأمّا إذا تزوج علىٰ دراهم بعينها وأعطاها بها رهنًا ، لم يجز في قول أصحابنا ، وقال زفر: يجوز.

وهذا فرع علىٰ اختلافهم في تعيين الدراهم ، فعندنا أنها لا تتعين ، وإنما يجب مثلها في الذمة ، فقد أخذ رهنًا بما ليس بمضمون ، وعند زفر: أنها تتعين كالثياب.

قال: فإن هلك الرهن وقد أخذ بشيء من هذه الأعيان المضمونة بأنفسها ، فإنه يقال لمن في يده تلك العين: سلّم ما في يدك وخذ من المرتهن الأقل من الدين ومن قيمة الرهن.

وذلك لأن الرهن عندنا مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، فإذا هلك صار كأنه استوفىٰ ما هو مضمون به.

قال: فإن هلكت الأعيان قبل الرهن فالرهن رهن بقيم تلك الأعيان ؛ لأنه هو المضمون ، فإذا هلك الرهن بعد هلاك الأعيان هلك بالأقل من قيمته ومن قيمة العين التي كان[1] رهنًا بها ، وعلىٰ ما قدمنا.

قال: وإذا أعطىٰ رهناً بالمبيع ، فالرهن باطل ، وإن هلك ذهب بغير شيء.

قال: وجملة هذا ، أن الرهن علىٰ ثلاثة أضرب: رهن جائز: وهو الرهن

(١) في أ (الذي كان عليه رهنًا).

بالديون والأعيان المضمونة بأنفسها، ورهن فاسد: كالرهن بالخمر، ورهن باطل: كالرهن بالودائع والأعيان المضمونة بغيرها.

فالصحيح من الرهن يتعلق به الضمان على ما نبيّنه [من بعد]، والفاسد يتعلق به الضمان كما يتعلق بالبيع الفاسد الضمان على ما يتعلق بصحته، والباطل لا يتعلق به الضمان كالبيع بالميتة والدم.

وإذا ثبت هذا، قلنا: الرهن بالبيع باطل؛ لأنه ليس في مقابلته حق مضمون بنفسه، ألا ترى أن المبيع إذا هلك سقط ضمانه، ولا يجوز أن يكون رهنًا بالثمن؛ لأن الثمن حق للبائع على المشتري، ولا يجوز [أن يعطي به رهنًا][1].

قال: فإن هلك الرهن في يد المشتري فالبيع على حاله؛ لأن الرهن لم يقع عليه عقد البيع، فهلاكه لا يؤثر فيه، ولو أعطى المؤاجر رهنًا بعيد الإجارة، فالرهن باطل؛ لأنه ليس بمضمون عليه، ألا ترى أنه إذا هلك انفسخت الإجارة، وأما الرهن بالأمانات والودائع والعواري فهو رهن باطل، لا يتعلق به ضمان؛ لأنه ليس في مقابلته حق مضمون، فصار كالبيع بالميتة لما لم يكن في مقابلته عوض.

وقد قالوا في قتل العمد: إذا صالح الولي على عبد أو ثوب بعينه ورهن بذلك رهنًا مقبوضًا جاز، وهذا على ما قدمنا أن البدل مضمون بنفسه، فإن كان القتل خطأً فصالحه من ذلك على عبدٍ أو ثوب أو شيء مما يكال أو يوزن بعينه ثم رهنه بذلك رهنًا مقبوضًا، لم يجز؛ لأن البدل هاهنا غير مضمون بنفسه، ألا ترى أنه مملوك بسبب يلحقه الفسخ، فإذا هلك انفسخ الصلح، فصار كالمبيع. والله أعلم.

---

(١) في ب (أن يعطيه) والمثبت من أ.

بَابُ
ما لا يجوز ارتهانه والارتهان به



قال أبو الحسن: كل ما لا يجوز بيعه برضا المتعاقدين عليه فلا يجوز رهنه، فلا يجوز رهن حر ولا مُدَبَّر ولا مكاتَب ولا أم ولد؛ وذلك لأن الرهن مقبوض للاستيفاء، والدين لا يمكن [٣٨١/ب] استيفاؤه من هذه الأعيان، فلم يجز ارتهانها.

قال: ولا يجوز أن يرتهن المسلم خمرًا ولا خنزيرًا ولا يرهن، وسواء كان المتعاقدان مسلمين أو أحدهما؛ وذلك لأن الرهن للإيفاء، والمسلم لا [يمكن](١) أن يوفي دينه من الخمر، والارتهان للاستيفاء، والمسلم لا يمكن أن يستوفي دينه من الخمر(٢)، وإن كان بين المسلم والذمي؛ لأن المسلم إن كان هو المرتهن لم يجز أن يستوفي دينه من الخمر، وإن كان هو الراهن لم يجز أن يوفي بها.

إلا أن الراهن إذا كان ذميًا فالخمر مضمونة على المسلم لحق الذمي، كما يضمنها بالغصب، وإن كان المرتهن ذميًا لم يضمنها لحق المسلم، كما لا يضمنها في الغصب.

قال: ويجوز ارتهان الخمر والخنزير بين أهل الذمة؛ لأنها مال لهم، فالخمر عندهم كالعصير عندنا، والخنزير عندهم كالشاة عندنا، وأما رهن الميتة والدم فلا يجوز من ذمي ولا غيره؛ لأنها ليست بمال، ولا يجوز التصرف فيها.

---

(١) في ب (يملك) والمثبت من أ.

(٢) العبارات مختلفة بين النسختين هنا، والمؤداة واحدة.




قال: ولا يجوز الرهن بقصاص في نفس أو فيما دونها؛ وذلك لأن الحق لا يمكن استيفاؤه من الرهن، فلا يصح الرهن به، فإن كانت الجنايات خطأ جاز الرهن بأروشها؛ لأنه يمكن استيفاء الأرش من الرهن.

ولا يجوز الرهن بالكفالة في النفس؛ وذلك لأن المكفول به ليس بمضمون على الكفيل، ألا ترى أنه إذا هلك لم يلزمه بهلاكه شيء، فلا يصح الرهن به؛ ولأن المضمون هو الإحضار، وذلك لا يمكن استيفاؤه من الرهن.

ولا يجوز الرهن بالشفعة؛ لأن المبيع ليس بمضمون على المشتري للشفيع، بدلالة أنه لو هلك لم يلزم المشتري ضمانه، ولا يصح الرهن بالعبد الذي في رقبته الجنايات على بني آدم، وكذلك العبد الذي في ذمته الديون لا يجوز للغريم أن يأخذ بها رهنًا من المولى؛ وذلك لأن الرقبة الجانية ليست بمضمونة على المولى، وكذلك المدينة إذا هلكت لم يلزمه شيء[1].

قال: ولا يصح الرهن بضمان الدَّرَك، وكذلك لو قال رجل لآخر: ما بايعت فلانًا فثمنه عليَّ، فأخذ المقول له من القائل رهنًا بذلك قبل المبايعة لم يجز؛ لأن الضمان في المسألتين غير ثابت في الحال، وإنما هو متعلق بشرط، فلا يجوز الرهن بحق غير مضمون.

قال: وكذلك رجل استأجر نائحة أو مغنية، وأعطاها بالأجر رهنًا فضاع في يدها، لم يكن عليها في الرهن ضمان؛ [وذلك] لأن الإجارة لذلك باطلة والأجر غير مضمون، والرهن إذا لم يكن في مقابلته شيء مضمون كان باطلاً.

---

(١) العبارة جاءت في أ بصيغة الجمع بهذه الفقرة.

قال: ورهن المشاع والثمرة المعلقة بالنخل وما في هذا المعنىٰ مما قدمنا ذكره قبل هذا الباب، فإنه إذا هلك ذهب بغير شيء؛ لأن القبض في هذه المواضع لا يصح، والرهن إنما يتعلق ضمانه بصحة القبض.

قال: ومن هذا النوع قال محمد في الجامع الكبير: إذا ادَّعىٰ رجل ألف درهم علىٰ رجل [قرضًا]، فجحدها ثم صالحه من ذلك علىٰ خمسمائة وأعطاه بها رهنًا يساوي خمسمائة فضاع عنده ثم تصادقا علىٰ أن ذلك المال كان باطلاً؛ فإن[1] علىٰ الذي هلك الرهن في يده أن يرد علىٰ الراهن خمسمائة.

وقال بشر عن أبي يوسف في نوادره: في رجل ادعىٰ علىٰ رجل دينًا[2] فرهنه به عبدًا فهلك الرهن ثم تصادقا أنه لم يكن له عليه شيء، قال: لم يضمن الرهن.

لأبي يوسف: [٣٨٢/أ] أنهما إذا تصادقا علىٰ بطلان الدين، فقد قبض الرهن وليس هناك دين مضمون فلا يتعلق به ضمان.

لمحمد: أنه قبضه بمال[3] مضمون في الظاهر، فصار كالمقبوض بالدين الثابت.

قال: ولو أن رجلاً اشترىٰ من رجل عبدًا بألف درهم وقبض العبد، وأعطىٰ بالألف رهنًا يساوي ألفًا، فهلك الرهن عند المرتهن، ثم قامت البينة أن العبد حر، أو استحق العبد ولم يوجد[4]، ضمن المرتهن الرهن؛ [وذلك] لأنه قبضه

---

(١) في أ (كان).

(٢) في أ (عبدًا).

(٣) في أ (بملك).

(٤) في أ (ولم يوجد حرًا).

علىٰ مال مضمون في الظاهر، وهذا علىٰ ظاهر رواية الأصل.

قال: ولو اشترىٰ مسلم من مسلم خَلاًّ بدراهم وأخذ منه رهنًا بالثمن، أو اشترىٰ شاة مذبوحة، وأعطاه بالثمن رهنًا، ثمَّ علم أن [الخل كان خمرًا، وأنَّ] الشاة كانت ميتة، ضمن المرتهن الرهن؛ لأنه قبضه علىٰ مال مضمون في الظاهر.

ولو قتل عبدًا فأعطىٰ بقيمته رهنًا فضاع، ثم علم أن العبد حر، ضمن المرتهن [الأقلَّ][1] من قيمته ومن قيمة الرهن؛ [وذلك] لأنه قبضه علىٰ مال مضمون في الظاهر، وهذا كله علىٰ الرواية الظاهرة في الأصول.

ويجب علىٰ قول أبي يوسف: أن لا يضمن؛ لأنه قبضه وليس هناك ضمان في الحقيقة.

ولو ادّعىٰ المودَع أو المضارِب هلاكَ الوديعة أو المضاربة، وادّعىٰ ربها أن المضارب أو المودَع استهلكها، وتصالحا علىٰ مال، وأعطاه به رهنًا، فهلك الرهن في يده لم يضمن في قول أبي يوسف الأول، ويضمن في قوله الآخر، وهو قول محمد.

وهذا فرع علىٰ [اختلافهم][2] في جواز الصلح بعد ادعاء المودع الهلاك، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: الصلح باطل، فقد قبض الرهن وليس هناك [مال] مضمون في الظاهر.

وعلىٰ قول محمد: الصلح جائز، والمال ثابت، والرهن مضمون.

(١) في ب (الأول) والمثبت من أ.

(٢) في ب (أصلهم) والمثبت من أ.

قال ابن سماعة عن محمد في نوادره: في رجل قال لآخر: قد ضمنت لك مالك على فلان إذا حَلَّ، أو قال: إذا حل مالك على فلان فهو لك عَلَيَّ، قال: إذا أخذ كفيلاً بذلك أو رهنًا، فهو جائز.

[ولو] قال: إذا قدم فلان فأنا ضامن لمالَكَ عليه، قال: لا يجوز فيه الرهن ويجوز فيه الكفالة؛ لأن ضمان الدين عند حلوله إضافة للضمان إلى سبب وجوب المطالبة، ولذلك تأثير في الدين، فجاز أن يضيف إليه الضمان.

وإذا صَحَّ الضمان [بدين][1] ثابت جاز أن يعطي به رهنًا أو كفيلاً، وليس كذلك إذا أعطى رهنًا بضمان الدَّرَك؛ لأن المضمون لم يوجد، فلم يجز أن يتعلق به الرهن، وأما قدوم فلان فليس بسبب مؤثر في الدين، ألا ترى أن الدين لا يجب بقدومه، ولا يتعلق وجوب المطالبة بذلك، فلم يجز أن يأخذ به رهنًا، ويجوز أن يأخذ به كفيلاً؛ لأن القدوم سبب يستهل به الاستيفاء والمطالبة، فجاز أن تتعلق الكفالة به؛ ولأن الكفالة أوسع من الرهن، بدلالة أن الكفالة يجوز أن تقع بما يجب من الدين في الثاني إذا قال: ما بايعت فلانًا، ولا يجوز أن يتعلق الرهن بذلك. والله ﷻ أعلم.



---

(١) في ب (بحق) والمثبت من أ.

بَابُ
ما يجب للمرتهن من الحق في الرهن



قال أبو الحسن: وإذا ارتهن الرجل من الرجل رهنًا صحيحًا وقبضه، فقد ثبت حق المرتهن فيه، وحقه إمساك الرهن بالدَّيْن الذي ارتهنه به؛ وذلك لأن الرهن يقصد به الوثيقة، والوثيقة تقع بالإمساك، وكان [ذلك] من حقوقه؛ ولأنه تقف صحته على القبض، فكان استمرار القبض من حقوق القابض، كالهبة.

قال: وليس له أن يرتهنه بدين آخر ولا يمسكه به إن كان ذلك على الراهن قبل الرهن أو بعده [دين]؛ لأن الدين إنما يتعلق بالرهن بتعليق الراهن [٣٨٢/ب]، وهو لم يرض أن يعلق به إلا مقدارًا من الدين سمّاه، فما سوى ذلك فلا يتعلق به، كما لو حصلت العين في يد المرتهن من غير رهن، لم يتعلق دينه[١] بها.

قال: فإن قضاه بعض الدَّين الذي رهن به، ثم أراد أن يقبض من الرهن بحساب ما نقد لم يكن[٢] له ذلك، وللمرتهن حبسه بما بقي من الدَّين قليلاً كان أو كثيرًا؛ لأن الرهن محبوس بالدين، فكان محبوسًا بكل جزء منه كالمبيع في يد البائع؛ ولأن الراهن لا يملك تفريق الصفقة على المرتهن في الرهن، وفي أخذ البعض تفريق الصفقة عليه.

قال: فإن مات الراهن وعليه دين غير دين المرتهن، فالمرتهن أحق

---

(١) في أ (حقه).

(٢) في أ (فليس للراهن ذلك).

[بالرهن][1] الذي في يده حتىٰ يستوفي دينه الذي به الرهن ؛ لأن تعلق حقه به أسبق من تعلق حق الغرماء ، ألا ترىٰ أن حق المرتهن يتعلق [بالعين][2] ، وحق الغرماء ينتقل إلىٰ المال بالموت ، فمن سبق حقه إلىٰ المال كان أولىٰ به ؛ ولأن فائدة المرتهن في الرهن يكون أخص به من [سائر] الغرماء ، فلو شاركه الغرماء بطلت فائدة الرهن .

(قال: فإن كان للمرتهن دين آخر ضرب به في مال الميت مع بقية الغرماء)[3] ، وإن فضل من ثمن الرهن شيء عن دينه الذي به الرهن ضُمَّ إلىٰ مال الراهن ، وقسم بينه وبين الغرماء بالحصص ، وليس له أن يستوفيه من مال الراهن ؛ [وذلك] لأن ما فضل عن دين المرتهن لا يتعلق حقه به ، فصار بعد استيفائه لدينه كسائر أموال الراهن ، فيصرف في ديونه .

قال: فإن لم يف ثمن الرهن بدين المرتهن رجع بما بقي من دينه في مال الميت ، يضرب به مع الغرماء ؛ [وذلك] لأن ما زاد علىٰ مقدار الرهن من دين المرتهن دين لا رهن به ، فساوىٰ الغرماء به في تركة الميت .

وكذلك إن كان له دين آخر شاركهم به ؛ لأن ذلك الدين غير متعلق بالرهن ، فصار كدين لا رهن به ، ولا يملك أن يستوفيه من ثمن الرهن ؛ لأنه غير متعلق به ، فلا يجوز أن ينفرد عن الغرماء بشيء لم يسبق تعلق حقه به .

قال: وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن باستخدام ولا سكنىٰ ولا لبس [ثوب]

---

(١) في الأصل (بالمرتهن) والمثبت ما يقتضيه سياق العبارة .

(٢) في ب (القبض) والمثبت من أ .

(٣) ساقطة من أ .

ولا ركوب [دابة]؛ وذلك لأنه يتصرف في الرهن [بإذن][1] المالك، وإنما أذن له [المالك] في الإمساك دون الانتفاع، [ولأنَّ] الانتفاع بملك الغير لا يجوز إلا بإذنه.

قال: وكذلك ما [نما][2] من الرهن من ثمرة أو لبن أو صوفٍ أو شَعْر أو وَبَر أو ولد لا سبيل للمرتهن على شيء منه غير إمساكه رهنًا مع الأصل؛ لأن نماء الرهن له[3] حكم الرهن عندنا، فأكثر أحواله أن يصير كالأصل فلا يجوز له أن يتصرف فيه إلا بما يجوز في الأصل.

قال: وليس للمرتهن أن يبيع الرهن في دينه إذا لم يكن الراهن سلَّطه على بيعه، أو أذن له فيه؛ وذلك لأن بيع ملك الغير لا يجوز إلا بوكالة أو ولاية، ولم يوجد واحد منهما؛ ولأن المرتهن ثبت حقه بعقد الرهن، فكان له أن يتصرف فيما اقتضاه العقد من الإمساك، إلا أن يجعل له الراهن ما زاد على ذلك، وليس له أن يؤاجر ولا يعير؛ وذلك لأنه لا يملك الانتفاع فلا يجوز أن يملكه لغيره.

قال: فإن فعل شيئًا من ذلك فسخ ورد إلى يد الراهن رهنًا؛ لأنه عقد باطل، فإذا لم يجزه المالك فسخ، ولا يبطل الرهن بهذا التصرف؛ لأنه تعدٍّ من المرتهن، فإذا فسخ زال فعاد الرهن بحاله كالمودَع إذا تعدى [٣٨٣/أ] في الوديعة، ثم أزال التعدي.

قال: فإن أعاره المرتهن من الراهن أو الراهن من المرتهن، فذلك جائز،

---

(١) في ب (بأمر) والمثبت من أ.

(٢) في ب (حدث) والمثبت من أ.

(٣) في أ (داخل في حكم الرهن).

وقد خرج من ضمان المرتهن ولم يخرج من الراهن، وهو رهن على حاله لكل واحد منهما أن يبطل العارية ويرده إلى الرهن؛ وذلك لأن المنافع على ملك الراهن، وإنما [منع] من استيفائها لحق المرتهن، فإذا أذن المرتهن في ذلك جاز، وإذا أذن الراهن للمرتهن في استيفائها جاز؛ لأنه حق لهما، وقد تراضيا.

وأما خروجه من ضمان المرتهن(١) فلأن الراهن إذا استعاره زال قبض الرهن، وهو المعنى الذي تعلق به الضمان، فزواله يوجب زوال الضمان، فإذا استعاره المرتهن فقد خرج من قبض الرهن، وصار في يده عارية، وقبض العارية(٢) لا يوجب الضمان عندنا، وإنما كان لكل واحد منهما أن يبطل العارية؛ لأنها عقد تبرع فلا يتعلق به الاستحقاق، فكان للراهن فسخها، وكذلك المرتهن؛ لأنه قد صار [في الرهن كالمالك](٣)، وإنما لم يبطل الرهن بزوال قبض المرتهن؛ لأن الاستحقاق تعلق [به] بالقبض الأول، فخروجه من يده لا يوجب بطلان حقه كما لو غصبه غاصب من يده.

وقال أبو يوسف في الإملاء: إذا كان الرهن جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده كان للمرتهن أن يأخذها وولدها، فيكون رهنًا معها؛ [وذلك] لما بيّنا أن زوال قبض المرتهن لا يمنع من تعلق الاستحقاق بالرقبة، فيسري ذلك إلى الولد.

قال: فإن آجره الراهن من المرتهن فقد خرج من الرهن، ولا يعود إلى ذلك أبدًا، [وكذلك إن آجره الراهن من غير المرتهن وأجازه المرتهن، أو آجره

---

(١) في أ (الرهن).

(٢) في أ (وقبض المستعير غير مضمون).

(٣) في ب (في كالمال) والمثبت من أ.

المرتهن من غيره وأجازه الراهن، جازت الإجارة، وقد خرج من الرهن ولم يعد إلىٰ ذلك أبدًا]؛ لأن الإجارة عقد يتعلق به الاستحقاق، فإذا تراضيا عليه كان إبطالاً للرهن؛ لأنه لا يصح مع بقاء الرهن، فكأنهما تفاسخا؛ ولأن الإجارة عقد يتعلق به الاستيفاء كالرهن.

ولو رهنه الراهن فأجازه المرتهن يبطل الرهن الأول، فكذلك إذا آجره، وهذا ينبني علىٰ أن الراهن لا يملك أن يؤاجر الرهن إلا برضا المرتهن خلاف ما قاله الشافعي؛ لأن الإجارة عقد يتعلق به استحقاق يد المرتهن كالمبيع؛ ولأنه عقد يقصد به الاستيفاء كالبيع.

قال: فإن باعه الراهن فأجازه المرتهن، أو باعه المرتهن فأجازه الراهن، خرج العبد من الرهن، وكان الثمن رهنًا مكانه قبض من المشتري أو لم يقبض، وإن توىٰ علىٰ المشتري أو توىٰ بعدما قبض، توىٰ من مال المرتهن، وللمرتهن من الحبس في الثمن ما كان له من الحبس في الرهن الذي بيع إلىٰ أن يحل دينه.

قال: وهذا علىٰ وجهين، إن كان البيع مشروطًا في عقد الرهن، فالثمن رهن؛ لأن البيع من حقوق الرهن، فلم يوجب بطلان الرهن كالإمساك؛ ولأن المرتهن إنما شرط البيع زيادة في التوثق، فلو أبطل ذلك حقه من الثمن زال المقصود من التوثق، فلم يجز، قال الطحاوي في الاختلاف: ولم يحك خلافًا في ذلك.

وأما إذا لم يكن مشروطًا فإنه يوجب انتقال الحق إلىٰ الثمن عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: إن شرط المرتهن في الإجارة أن الثمن رهن فهو رهن، وإلا فقد خرج من الرهن.




وجه [قولهما][1]: أن السبب الموجب لسقوط الحق عن الرهن هو الموجب للعوض، فانتقل حق المرتهن إليه، كما لو استهلك مُستهلك الرهن، انتقل الحق إلىٰ القيمة؛ ولأن حق المرتهن يتعلق برقبة الرهن، فإذا أجاز البيع انتقل إلىٰ الثمن كالعبد المدبر إذا باعه المولىٰ فأجازه الغرماء.

لأبي يوسف: أن الحق تعلق بالرقبة، وقد أسقط حقه عنها بالإجازة، فلم ينتقل [٣٨٣/ب] إلىٰ البدل إلا بالتراضي، كالعبد الموصىٰ بخدمته إذا باعه الوارث وأجازه الموصىٰ له، فليس كذلك العبد المدين؛ لأن الحق الثابت للغرماء هو البيع، فإذا أجازه لم يسقط [حقهم]، والحق الثابت للمرتهن ليس هو البيع، وإنما هو الإمساك، والبيع ينافي الإمساك، وهذا ليس بصحيح؛ لأن حق الموصىٰ له في المنفعة دون الرقبة، فإذا أجاز البيع لم ينتقل حقه إلىٰ العوض عن الرقبة التي لا حق له فيها؛ ولأنه لو أجاز علىٰ أن ينتقل حقه إلىٰ الثمن لم ينتقل، فعلم أن الوصية مخالفة للرهن.

وأما قوله: أن الثمن إذا توىٰ كان من ضمان المرتهن؛ فلأنه صار رهنًا، فحكمه حكم الأصل، وإنما جاز أن يكون الثمن في الذمة رهنًا وإن كان لا يجوز رهنه ابتداءً؛ لأن البقاء يجوز فيه ما لا يجوز في الابتداء؛ ولأن المانع في الابتداء أن القبض مشروط، وذلك لا يمكن في الدين، والبقاء يجوز من غير قبض، فليس في الدين أكثر من تعذر القبض.

وإذا ثبت أن الثمن صار رهنًا فإن كان الدين حالاً وهو من جنسه استوفاه به؛ لأنه وجد جنس حقه، وإن كان مؤجلاً أمسكه؛ لأن التأجيل حق للراهن فلم

---

(١) في ب (محمد) والمثبت من أ.

يجز إسقاطه، فإذا حَلَّ الدين والثمن من جنسه أخذه قصاصًا لما بيّنا، وإن كان من غير جنسه وكان المرتهن مسلطًا على بيعه واستيفاء الدَّيْن، فله أن يبيع الثمن ويستوفي الدين؛ وذلك لأن الاستيفاء لا يمكن بغير جنس الحق، وهو مأذون في الاستيفاء، فكان له أن يفعل مالا يقع الاستيفاء إلاَّ به.

قال: وللمرتهن المسلط على البيع أن يبيع بالأثمان والعروض في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يبيع إلا بالأثمان أو بجنس الدين، وقد بيّنا [هذه المسألة](١)، فإذا ثبت من أصل أبي حنيفة أن بيعه بالعروض جائز، كان له أن [يبيعها؛ لأنه أذن له في البيع والاستيفاء، والإذن عام في البيع بجنس الدين وغيره، فكان له أن يبيعها](٢)؛ لأنه لا يقدر على الاستيفاء إلا بذلك.

قال: وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه إذا كان حالاً، ولا يمنعه الارتهان [به] من ذلك؛ لأنه دين واجب، فجاز له المطالبة به؛ ولأنه يأخذ الرهن ليتوثق من حقه، ويتمكن من استيفائه، فلم يجز أن يكون ذلك مانعاً له من المطالبة.

قال: فإن خاصمه إلى الحاكم أوجب عليه دفع الدين، فإن امتنع حبسه به، ولم يمنعه من ذلك كون الرهن في يد المرتهن؛ لأن الرهن إنما يؤخذ للتوثق، فلا يبطل الحق الثابت لصاحب الدين.

قال: ويبيع الحاكم الرهنَ في يد المرتهن في قول أبي يوسف ومحمد، ولا يبيعه على قياس قول أبي حنيفة، ولكن الحاكم يحبس الراهن حتى يؤدي الدين

---

(١) في ب (هذا) والمثبت من أ.

(٢) في ب (بيع العروض) والمثبت والزيادة من أ.

(أو يبيع من الرهن، فيؤدي دينه)[١].

وهذا فرع على اختلافهم في الحجر بالتفليس، فعند أبي حنيفة أن الحاكم لا يبيع مال المفلس، ولكنه يحبسه حتى يبيعه، وعلى قولهما[٢]: إذا امتنع من البيع باع عليه الحاكم. والله تعالى أعلم.



(١) ساقطة من أ.

(٢) في أ زيادة (يبيعه).

فهرس الموضوعات





